أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الثامن


شرح
مختصر الكرخي

الطَّبْعَةُ الثَّانِيَة
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

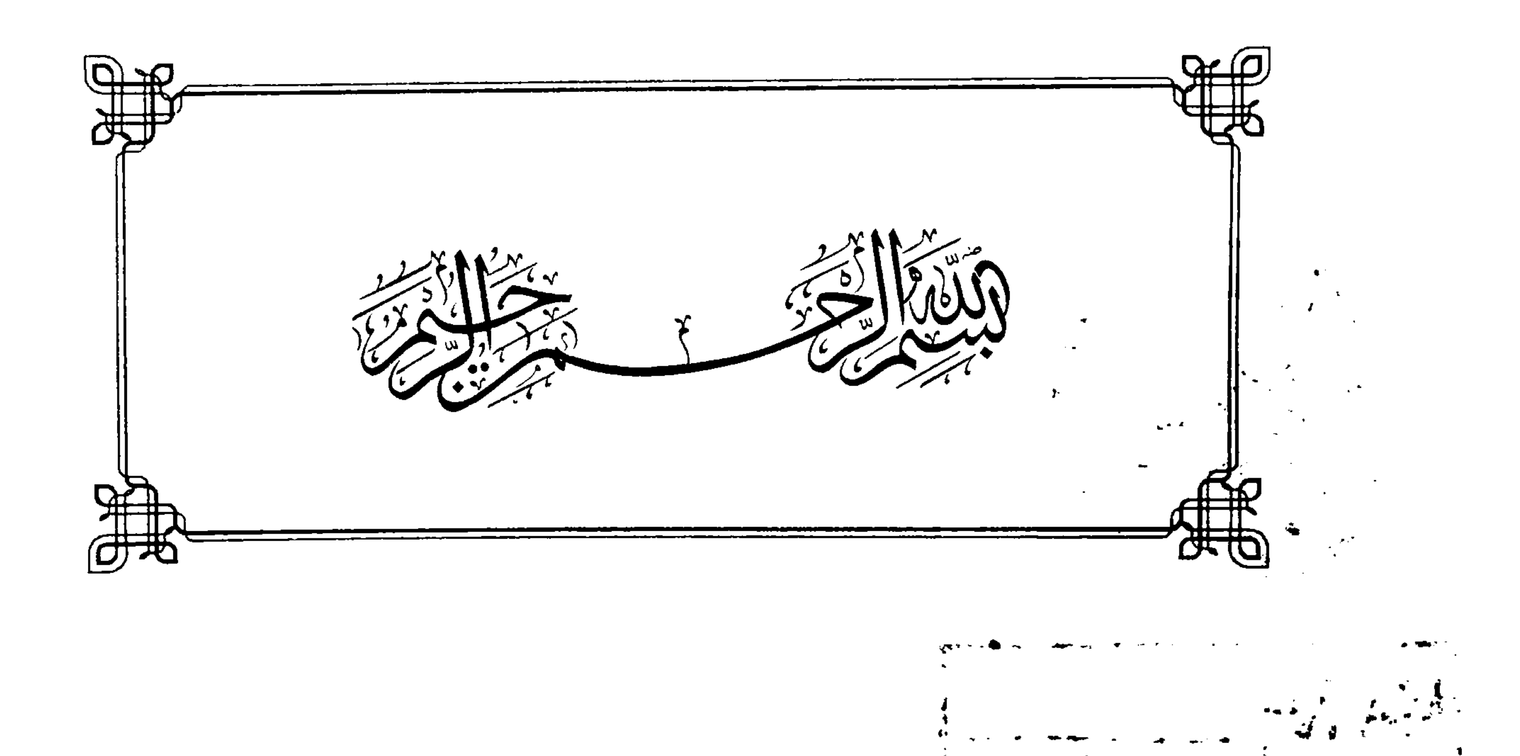
أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16

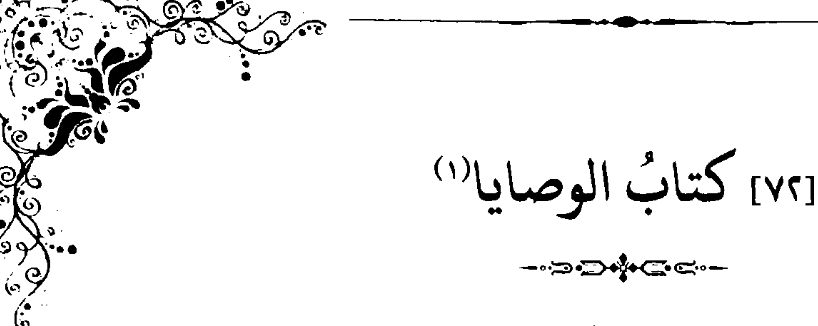


مَكْتَبَةُ الإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩




بسم الله الرحمن الرحيم



[٧٢] كتابُ الوصايا(١)

قال أبو الحسن: الوصية [محثوث](٢) عليها، مرّغبٌ فيها، غير مفروضة، ولا موجبة.

والأصل في جواز الوصية قوله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١].

وقال سعد للنبي ﷺ: أأوصي بثلث مالي؟ فقال: «**الثلث، والثلث كثير**»(٣)، فأجاز الوصية بذلك.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**إن الله جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم**»(٤)، وهذا يدل علىٰ جواز الوصية.

وأما وجُوبها: فإنها ليست واجبة [عندنا]، ومن الناس من قال بوجوبها، ومنهم من قال: إنها تجب للوالدين والأقربين إذا لم يكونوا من أهل الميراث.

---

(١) أراد بالوصايا: ما يعم الوصية والإيصاء، يقال: أوصىٰ إلىٰ فلان، أي: جعله وصيًّا، والاسم منه الوصاية: [هي مقصورة علىٰ إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته في تصرف من التصرفات، أو في تدبير شؤون أولاده الصغار، ورعايتهم، ويُسمىٰ ذلك الشخص المقام وصيًّا]. وأوصىٰ لفلان، بمعنىٰ: ملكه بطريق الوصي.
ثم الوصية: اسم بمعنىٰ المصدر، ثم سمِّيَ به الموصىٰ به، وهي تمليك مضاف إلىٰ ما بعد الموت». اللباب (مع الجوهرة) ٢/٣٦٧؛ معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٥٠.

(٢) في أ (مجبور).

(٣) أخرجه البخاري (١٢٣٣) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٦٢٨).

(٤) أخرجه البيهقي في الصغرىٰ ٦/٥٥؛ وعبد الرزاق في المصنف ٩/٥٥؛ وابن عبد البر في الاستذكار، وقال «روي من وجوه فيها لين» ٧/٢٧٤.

والدليل على أنها ليست بواجبة: أنها إثبات حق في ماله بعقد، كالهبة والعارية؛ ولأنّ ما لا يجب عليه في حال حياته لا يجب عليه بعد موته كالمبيع.

وأما قوله ﷺ: «**لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه**»(١)، فلا دلالة فيه على الوجوب؛ لأنه خبر، والخبر لا يقتضي وجوب المخبر عنه؛ ولأنّ هذا خبر واحدٍ، ووجوب الوصية مما به يعم البلوى، فلا يثبت بأخبار الآحاد(٢).

وأما قوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فمنسوخة، واختلفوا في نسخها، فقال أبو بكر الرازي: نسخت بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]؛ وذلك لأن الله تعالى جعل المال للوارث بعد وصية منكرة، ولو كانت الوصية للوالدين واجبة لذكر وصية معرفة، فلما نكرها وجعل الباقي بعدها للورثة، دل ذلك على نسخ الوصية للوالدين(٣).

ومن [٣٩٧/ب] أصحابنا من قال: إنها نسخت بقوله ﷺ: «**لا وصية لوارث**»(٤)، وهذا خبر تلقته الأمة بالقبول، وعملوا بموجبه، فهو في خبر ما

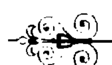
---

(١) أخرجه النسائي في (الكبرى) بلفظ (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي...) (٦٤٤٢)؛ وابن ماجه (٢٦٦٩)؛ وأحمد في المسند، ٢/١٠؛ رواه الطبراني في الأوسط، ١/١٢٣؛ قال الهيثمي: «وفيه جماعة لم أعرفهم»، وأورده بطريق آخر وقال: «رواه أبو يعلى في الكبير، وفيه عبد الله العمري، وفيه ضعف، وقد وثق، وبقية رجاله رجال الصحيح»، مجمع الزوائد، ٤/٢٠٩.

(٢) انظر: تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي ١/٣٠٥.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص١٦٠.

(٤) أخرجه الترمذي (٢١٢٠)؛ وابن ماجه (٢٧١٤)؛ والمقدسي في المختارة، ٦/١٤٩؛ والبيهقي في الكبرى، ٦/٨٥؛ وغيرهم من أصحاب السنن والمسانيد؛ وبوب له البخاري (باب لا وصية لوارث) وروى حديث ابن عباس قوله: (كان المال للولد...) (٢٥٩٦).




يوجب العلم؛ ولأن القرآن يجوز عندنا أن ينسخ بالسّنة.

قال: والوصية في ثلث المال بعد الدَّين، والمواريث بعدهما، والدليل على اختصاص الوصية بالثلث إذا كان هناك وارث: ما روي في حديث سعد، أنه قال للنبي ﷺ: أفأوصي بثلثي مالي؟ قال: «لا»، قال: أفأوصي بنصف مالي؟ قال: «لا»، قال أفأوصي بثلث مالي؟ قال: «**الثلث، والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكففون**[1] **الناس**»[2].

وقال ﷺ: «**إن الله جعل لكم ثلث أموالكم في آخر**[3] **أعماركم زيادة في أعمالكم**»، وهذا يدل على اختصاص الوصية بالثلث.

وأما تقديم الدَّين عليها، فلِما رُوي عن علي عليه السلام أنه قال: (إنكم تقرؤون الوصية قبل الدَّين، وإنما هي بعده) وكذلك قال ابن عباس.

ومعناه: أن في الآية تقديمًا وتأخيرًا، فدل على أن الدين مقدم على الوصايا، [ولأن الدين واجب، والوصية ليست بواجبة، بل هي تبرع، والواجب مقدم على التبرع]، ثم هما جميعًا مقدمان على الميراث؛ لأن الله تعالى أثبت الميراث بعدهما بقوله: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١][4].

٢٧٥٦ ـ فَصْل: [تقديم أحد الشريكين على الآخر في الوصية]

قال: والوصايا في ثلث المال، لا يستحق الموصى له شيئًا إلا إذا أخذ

---

(١) «يتكففون»: يسألونهم بالأكف بأن يبسطوها للسؤال.

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٩١) ومواضع أخرى.

(٣) في ل (عند انقطاع).

(٤) انظر: الأصل، ٥/٤٢٤ وما بعدها.

الورثة [مثليه][1] ، ويكون [قبضهما][2] معًا لا يقدم أحدهما على الآخر ؛ وذلك لأن الموصى له شريك الوارث ، وحق أحد الشريكين لا يقدم على الآخر[3] .

٢٧٥٧ ـ فَصْـل: [الوصية بأكثر من الثلث]

قال: وإن أوصى بأكثر من ثلث ماله ، فأجاز ذلك الورثة ، جاز بإجازتهم ، وإن أتى على المال ؛ وذلك لأن الوصية لما زادت على الثلث وصية بحق الوارث فتقف على إجازته ، وقد دل على ذلك قوله ﷺ: «**لا وصية لوارث إلَّا أن تُجيزها الورثة**»[4] ، فأبطل الوصية للوارث ، وأجازها بإجازتهم ، فإن أجازوا ذلك في حياة الموصي فلا[5] اعتبار بإجازتهم ، ولا يردهم حتى يجيزوا بعد موته ، أو يردوا ذلك ؛ لأن الورثة [إنما] يملكون المال بالموت ، وإجازة العقد الموقوف لا تجوز قبل الملك ، ولأنهم أسقطوا حقهم بالإجازة قبل ثبوت الحق ، وإسقاط الحقوق قبل وجوبها لا يصح[6] .

٢٧٥٨ ـ فَصْـل: [قبول الموصى له بالوصية]

قال: وقبول المُوصَى له بالوصية إنما يكون بعد الموت ، فإن قَبِل [قَبْل] الموت أو ردّها فلا معتبر لذلك.

---

(١) في أ (بثلثه) والمثبت من ل.

(٢) في أ (قبضه) والمثبت من ل.

(٣) انظر: التجريد للقدوري، ٨/٤٠٠٥ (دار السلام).

(٤) أخرجه الأربعة إلا النسائي من حديث أبي أمامة وإسناده قوي ، وأخرجه أحمد وصححه الترمذي» كما قال ابن حجر في الدراية ٢/٢٩٠.

(٥) في ل (فالاعتبار).

(٦) انظر: التجريد، ٨/٣٩٩٩.



والكلام في هذا الموضع يقدم عليه: أن [المِلْكَ في] الوصية يقف على قبول الموصى له عندنا، وقال زفر: لا تفتقر إلى القبول.

لنا: أنه تمليك بعقد [موقوف][1] على القبول، كالتمليك بالهبة والبيع؛ ولأنّ الوصية لو دخلت في ملك الموصى له بغير قبوله، كان الموصي قد ألزمه الملك بغير اختياره، والإنسان لا يملك نقل شيء إلى ملك غيره بغير اختياره، إلا أن يكون له عليه ولاية، ولا ولاية للموصي على الموصى له؛ ولأن ذلك لو جاز لأوصى له بما يستضر به من ملكه، وهذا لا يصح.

وجه قول زفر: أنه مِلْكٌ ينتقل بالموت، فلا يفتقر إلى القبول كالميراث، وإذا ثبت أن القبول معتبر، فإن وجد بعد الموت ثبتت[2] به الوصية، وإن وجد قبل الموت لم يتعلق به حكم؛ وذلك لأن الوصية تمليك متعلق بالموت، وكان إيجابها بعد الموت، فلا يصح القبول قبل الإيجاب.

والذي يدل على ذلك: أنه لو أوصى بثلث ماله أو بثلث غنمه، استحق الموصى له ما يوجد في ملك[3] الموصي عند الموت، ولا معتبر لما كان عند الوصية، فدل على أن العقد منعقد عند الموت، فالقبول قبل الانعقاد لا يتعلق به حكم.

وإذا ثبت أن الوصية لا تملك إلا بالقبول؛ قلنا: إذا مات الموصي زال ملكه عن الثلث الموصى به، ولم يدخل في ملك الموصى له، ولا ملك الورثة؛ وذلك

(١) في أ (فوقف) والمثبت من ل.
(٢) في ل (تمت الوصية به).
(٣) في ل (مال).



لأن الموت ينافي الإملاك، فلا بد من زوال ملك الميت، ولا يجوز أن يملك الموصىٰ له؛ لأن ملكه موقوف علىٰ قبوله، ولا يجوز أن يملك الورثة؛ لأن حق الموصىٰ له متعلق به، وتعلق الحق بالمال يمنع من تملكه بالإرث كالدين، فلم يبق إلا أن يكون الشيء قد خرج من ملك الميت، ولم يملكه أحد، ويصير كالمبيع المشروط فيه الخيار للمشتري علىٰ قول أبي حنيفة.

فإن مات الموصىٰ له ولم يَقْبَلْ، فالقياس أن تبطل الوصية؛ [وذلك لأن تمامها موقوف علىٰ القبول، وإنما استحسنوا فقالوا: يملكها ورثة الموصىٰ له] وذلك لأن الوصية تمت من جهة الموصي بما لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما وقفت علىٰ [إجازة][1] الموصىٰ له، فإذا مات [دخلت][2] في ملكه كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة، دخل في ملكه.

وأما الوصية بما زاد علىٰ الثلث فقد بَيَّنَّا أنها موقوفة علىٰ الإجازة، فإذا مات الموصي دخل ما زاد علىٰ الثلث في ملك الورثة دخولاً مراعىً، فإن أجازوا خرج من ملكهم وعاد إلىٰ حكم ملك الميت، فاستحقه الموصىٰ له من ملكه، وإن ردّوا استقر ملكهم فيه؛ وذلك لأن الموت يوجب زوال ملك الميت وانتقال التركة إلىٰ الوارث، إلا أن يكون هناك حق متعلق بها[3].

---

(١) في أ (حق) والمثبت من ل.

(٢) في أ (جعلت) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٥/٥١٦ وما بعدها.

وأكّد ابن عطية في تفسيره بقوله: «والدَّين مقدم علىٰ الوصية بإجماع»، ثم قال: «إنه قدم الوصية إذ هي أقل لزومًا من الدين؛ اهتمامًا بها، وندبًا إليها، وأيضًا قدّمها من جهة أنها مضمنها الوصية التي هي كاللازم يكون لكل ميت؛ إذ قد حض الشرع عليها، وأخّر الدين لشذوذه، وأنه قد يكون وقد لا يكون، فبدأ بذكر الذي لا بدّ منه...». تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٤٠٨.




٢٧٥٩ ـ فَصْل: [لزوم الوصية بما زاد على الثلث]

والوصية بما زاد على الثلث ليس بمعنىً لازم، ولا يمنع من انتقال الملك، [وصار ذلك كالبيع][١] المشروط فيه خيار للمشتري على قول أبي يوسف ومحمد: أن الشيء يدخل في ملك المشتري دخولاً مراعىً، فإن فسخ البيع عاد إلى ملك البائع، وإن أجاز استقر ملكه [فيه][٢].



(١) في أ (ووزان ذلك البيع) والمثبت من ل.

(٢) انظر: التجريد، ٨/٣٩٩٩، ٤٠٠٦.




بَابُ
معرفةِ الوصيةِ ما هي؟

قال أبو الحسن: الوصية ما أوجبها الموصي في ماله متطوعًا بها من غير أن يستحق ذلك عليه، وسواء أوجبها بموته أو بمرضه الذي مات فيه، وهذا صحيح؛ لأن الوصية اسم لعقد أفرد به، وقد قدّمنا أن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، والتبرع في حال الحياة هبةٌ وصدقة وعارية، وإن تبرع بذلك بعد موته [٣٩٨/أ] سُمي وصيةً.

وإنما اختصت الوصية لما كان تبرعًا؛ لأن الأمور الواجبة لا يقف استحقاقها على قول الميت، وإنما يستحق بقوله ما لم يكن واجبًا؛ فلذلك قلنا: إن الوصية تختص بالتبرع الموجب بعد الموت.

فأما قول أبي الحسن: إن الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه، فهذا يجوز؛ لأن ما تبرع به في مرضه من العتق والهبة والمحاباة حكمه حكم الوصايا في اعتبار الثلث فيه.

فأما أن تكون وصية، فلا؛ لأنه منجّز قبل موته كما ينجزه في صحته، ولكنه بيّنها، والوصايا في اعتبار الثلث فيه.

قال: ما أوجبه بعد الموت من الثلث وإن أوجبه في صحته؛ لأنه علّقه بالموت، وتلك الحالة حق الورثة متعلق بالمال، فلا معتبر بحال العقد، وإنما

المعتبر بحال الإضافة(١).

فأما ما بعده من التبرع ؛ فالمعتبر فيه حال العقد ، فإن كان صحيحًا جاز من جميع المال ، وإن كان مريضًا جاز من الثلث ؛ لأنه لم يضفه إلىٰ حالة مستقبلة ، فاعتبر حال إيجابه ، فإن كان صحيحًا فلا حق لأحد في ماله ، فيجوز من جميع المال ، وإن كان مريضًا فحق الورثة متعلق بماله ، فلا يجوز إلا من الثلث.

وكل [مَرضٍ](٢) صَحَّ منه فهو كحال الصِّحَّة [فيما](٣) أوجبه فيه من جميع المال ؛ لأن الحكم يتعلق بثبوت حق الغير في مال الموصي ، فإذا برئ من مرضه قلنا: إنه أوجب ، ولا حق لأحد في ماله [في حال الصحة] ، فالصحة والمرض سواء.

قال: والوصية للوارث باطلة ، إلا أن تجيزها الورثة ؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «**إن الله قد أعطىٰ كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث**» ، وروي أنه ﷺ قال: «**لا وصية لوارث إلا أن تجيزه الورثة**»(٤) ، ولأن الله تعالىٰ جعل لكل وارث نصيبًا معلومًا ، فلو جوّزنا وصية الموصي لبعضهم ، زاد ذلك علىٰ ما فُرض له ، وغيّر سهام المواريث ، وذلك لا يصح.

وأما القاتل عمدًا أو خطأً فلا وصية له عندنا ، وقال مالك: الوصية [له] جائزة.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ، ٣٢٦/٣.

(٢) في أ (مَن) والمثبت من ل.

(٣) في أ (ما) والمثبت من ل.

(٤) الحديث روي بلفظ: (... إلا أن يشاء الورثة) كما في الكبرىٰ للبيهقي ، ٢٦٣/٦ ؛ والدارقطني ٩٧/٤ ؛ والطبراني في مسند الشاميين ٣٢٦/٣ ؛ انظر للتفصيل: التلخيص الحبير ٩٢/٣ ؛ نصب الراية ٤٠٤/٤.

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**ليس لقاتل شيء**»[(١)]، ولأن الوصية تمليك يتعلق بالممات[(٢)] كالميراث، ولأن الموصي مُتَّهَم في حقه؛ لأنه يعوضه بالوصية عما حرم من الإرث.

وأما[(٣)] إن اتّهم فيه الموصي لم ينفذ وصيته به، وليس [هذا][(٤)] كالوصية لوارثه الكافر؛ لأن المسلم لا يتهم أنه قصد أن يورث الكافر أو يعوضه عن ميراثه.

وقد اختلف أبو يوسف ومحمد في الوصية للقاتل إذا أجازها الورثة، فقال أبو حنيفة ومحمد: تجوز بإجازة الورثة، وقال أبو يوسف: لا تجوز.

لهما: أن المنع من هذه الوصية حق للورثة، بدلالة أنها تضر بهم ويتوفر حقهم بإبطالها، فصارت كالوصية للوارث، فتجوز بالإجازة.

وجه قول أبي يوسف: أن المانع من الوصية له [لحق][(٥)] الله تعالىٰ، كما يمنع الميراث، فكما لا يستحق الميراث بالإجازة فكذلك الوصية.

٢٧٦٠ ـ فَصْل: [إيجاب المريض في ابتداء مرضه علىٰ نفسه]

قال: وأما ابتداء المريض إيجابه علىٰ نفسه في مرضه من ماله أو ذمّته فهو

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٥٥٧)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/٢٢٠؛ والدارقطني ٤/٩٥؛ وأحمد في المسند ١/٤٩؛ والحديث روي موصولاً ومنقطعاً، وفي بعض طرقه ضعف. انظر نصب الراية ٤/٣٢٨.

(٢) في ل (الموت).

(٣) في ل (وما يتهم).

(٤) في أ (هنا) والمثبت من ل.

(٥) في أ (قول) والمثبت من ل.

كالوصية، وهذا كالضمان والكفالة، ترد[1] ذلك؛ لأنه ابتداء إيجاب [الضمان] ما لم يجب عليه، فاتّهم فيه، كما يتهم في الهبات.

قال: وكل حج لزمه فريضة أو غير فريضة، أو زكاة مال، أو كفارة، أو قربة لله تعالىٰ لزمه ذلك في صحته أو مرضه، فإن ذلك كله يبطل عنه، ولا يلزمه منه شيء من ثلثه ولا في غيره، إلا أن يوصي به، فيجوز من ثلثه لا يتجاوزه إلا أن يجيزه الوارث؛ وذلك لأنه قد ثبت من أصلنا أن الواجبات تسقط بالموت كالحج والزكاة، فإذا أوصىٰ بها فإنما يأمر بإخراج شيء لا يجب إلا بأمره، وهو كالوصايا بالتبرع، فيكون من الثلث، إلا أن [يجيزها][2] الورثة.

٢٧٦١ ـ فَصْـل: [تملك المجاز له بإجازة الوارث]

قال: وما نجوّز بإجازة الوارث، فإنما يملكه المجاز له من قبل المورث لوصيته له، وليس الملك منتقلاً إليه من ملك الميت؛ وذلك لأن الميت عقد علىٰ ملك نفسه وللغير فيه حق، فإذا أجاز ذلك صاحب الحق، كانت تمليكًا من قبل العاقد، كالراهن إذا باع الرهن فأجاز بيعه المرتهن.

ولا يجوز أن يقال: إن الوارث لو أجاز الوصية في مرضه كانت من ثلثه، فلولا أن التمليك من جهته لم يعتبر فيه ثلثه؛ لأن الوارث بالإجازة يسقط حقه عن المال، ولا فرق بين التمليك المبتدأ [أو بين][3] إسقاط الحقوق عن المال في أن ذلك تبرع منه، فلذلك [جاز][4] من ثلثه.

(١) في ل (وذلك لأن).
(٢) في أ (غيّره) والمثبت من ل.
(٣) في أ (في) والمثبت من ل.
(٤) في أ (كان) والمثبت من ل.



٢٧٦٢ ـ فَصْل: [إجازة بعض الورثة ورد بعضهم]

قال: فإن أجاز بعض الورثة ما كان موقوفًا علىٰ الإجازة فرد بعضهم، فإن ذلك يجوز عن المجيز منهم بقدر حقه في نصيبه خاصة، وبطل ما في أنصباء [الرَّادِّين][1]؛ وذلك لأنهم لو أجازوا جميعًا جاز العقد، ولو ردوا جميعًا بطل، فإذا أجاز بعضهم ورد بعضهم اعتبر حق كل واحد منهم علىٰ الانفراد[2].



(١) في أ (الوارثين) والمثبت من ل.

(٢) انظر: التجريد، ٨/٤٠٢١.



بَابُ
متى تستحقُّ الوصيةُ؟

قال أبو الحسن: وإذا أوصىٰ الرجل، فقال: قد أوصيت لفلان بثلث مالي، أو بربعه، أو ذكر قدرًا من ماله مشاعًا أو معلومًا، فإنما يعلم قدر ما يستحقه الموصىٰ له من المال يوم يموت الموصي، ولا ينظر في ماله يوم تكلم بالوصية، فإن كان أوصىٰ بثلث ماله وهو يوم أوصىٰ بثلثه ألف، ويوم مات ثلاثمائة، فله مائة.

وكذلك ولو لم يكن له مال يوم أوصىٰ ثم مات وقد كسب مالاً، فله ثلث المال يوم يموت الموصي، ولو كان له مال يوم أوصىٰ، ومات وليس له مال بطلت وصيته؛ وذلك لأنا قدّمنا أن الوصية عقد مضاف إلىٰ الموت، والمضاف إلىٰ الشروط كالموجب عندها، فكأنه قال عند الموت: لفلان ثلث مالي يستحق [ثلث ما][1] يملكه في ذلك الحال، ولا يعتبر ما قبلها.

٢٧٦٣ ـ فَصْل: [الوصية بشاة من غنمه]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: إذا أوصىٰ رجل [فقال][2] لفلان شاة من غنمي، أو نخلة من نخيلي، أو جارية من جواريّي، ولم يقل من غنمي هذه، [ولا من نخلتي هذه][3]، ولا من جواريّي هؤلاء، [فعلىٰ] هذا فإن

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من نسخة ل، وفي الأصل طمس غير مقروء.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من نسخة ل، وفي الأصل طمس غير مقروء.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من نسخة ل، وفي الأصل طمس غير مقروء.




الوصية هذه تقع يوم يموت الموصي، ولا تقع يوم يختصمون[(١)].

ولو ماتت غنمه تلك، أو [٣٩٨/ب] باعها، فاشترىٰ مكانها [أخرىٰ]، أو ماتت جواريه فاشترىٰ غيرهنّ، أو باع نخله فاشترىٰ غيرهن، فإن للموصىٰ له نخلة من نخله يوم يموت، وليس للورثة أن يعطوه [غير][(٢)] ذلك؛ لما بَيَّنَّا أن الوصية عقد مضاف إلىٰ الموت، فكأنه قال: في تلك الحال لفلان شاة من غنمي، فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله.

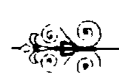
٢٧٦٤ ـ فَصْل: [لحاق الأولاد بالأمهات في الوصية]

قال: فإن ولدت الغنم قبل أن يموت الموصي، أو ولدت[(٣)] الجواري قبل موت الموصي، فلحقت الأولاد بالأمهات، ثم مات الموصي، فإن للورثة أن يعطوه إن شاؤوا من الأمهات، وإن شاؤوا من الأولاد؛ لأن الجميع يتناوله الاسم عند الموت، والمستفاد بالولادة كالمستفاد [بالشراء][(٤)].

قال: فإن اختار الورثة أن يُعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد يولد[(٥)] به يوم يموت الموصي، فإن ولدها يتبعها، وكذلك صوفها ولبنها؛ وذلك لأن الوصية تعلقت بشاة غير معينة، والتعيين إلىٰ الورثة، فإذا عيّنوا، فكأن الوصية وقعت ابتداءً بها علىٰ عين، فما حدث من نمائها بعد الموت فهو للموصىٰ له.

---

(١) في ل (يوم أوصىٰ).
(٢) في أ (عن) والمثبت من ل.
(٣) في ل (ورث).
(٤) طمس في الأصل، والمثبت من ل.
(٥) في ل (قد ولدته بعد موت الموصي).



٢٧٦٥ ـ فَصْـل: [استحقاق الوصية]

قال: وأما التي ولدت قبل موت الموصي، والصوف واللبن، فليس له في ذلك شيء؛ وذلك لأن الوصية لم تستحق قبل الموت، فما حدث قبل الاستحقاق فهو على ملك الورثة.

وإنما يعني بالصوف واللبن: ما انفصل منها قبل الموت، فأما ما كان متصلاً بها فهو للمُوْصَىٰ له، كأنه حدث قبل الموت؛ لأنه لا ينفرد عنها بالتمليك.

٢٧٦٦ ـ [فَصْـل: الضمان في إتلاف ما استحقه المُوْصَىٰ له]

قال: ولو استهلك الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت، فعليهم ضمانه؛ لأن الموصىٰ له استحق ذلك استحقاق الأصل، وإتلاف ما استحقه الموصىٰ له يتعلق به الضمان.

٢٧٦٧ ـ فَصْـل: [تلف العين الموصىٰ بها في الوصية]

قال: ولو قال: قد أوصيت له بشاة من غنمي هذه، أو بجارية من جواريّي هؤلاء، أو قال: أوصيت له بإحدىٰ جاريتَيّ هاتين، فهذا علىٰ هذه الغنم (بأعيانها، وعلىٰ النخل بعينه، وعلىٰ الجواري بأعيانهنّ)[1]، فإن تويت [الغنم، أو باعها] بطلت وصيته؛ وذلك لأنه أوصىٰ بعين من الأعيان، فلا تتعلق الوصية بغيرها، كما لو قال له: أوصيت له بهذه الجارية، لم يجز أن تتعلق الوصية بغيره.

[قال]: فإن ولدت الغنم والجواري في حياة الموصي، ثم إن الورثة أرادوا أن يعطوه من الأولاد لم يكن لهم ذلك؛ لأن الوصية مختصة بواحدة من الجواري،

(١) في ل (وهؤلاء الجواري).



فما حدث من الأولاد [بعد] كما استفيد بالشراء، فلا تتعلق الوصية به.

فإن دفع إليه الورثة جارية من الجواري لم يستحق ما ولدت قبل الموت؛ لأن الوصية لم تكن وجبت فيها؛ لما بَيَّنَّا أن الوصية ينتقل الملك فيها بالموت، فما حدث قبل الموت على ملك الميت، وما ولدت[1] بعد الموت فهو للموصى [له]؛ لأنه ملكها بالموت، فحدث الولد على ملكه.

٢٧٦٨ـ **فَصْل**: [متى تتعين الوصية؟]

قال: فإن ماتت الأمهات كلها إلا واحدة، [تعينت][2] الوصية فيها؛ لأنه لم يبق من يجوز أن تتعلق به الوصية غيرها، فتعيّنت فيها.

فإن ماتت الأمهات كلها، واحترق النخل، وقد بقي لها أولاد، وللنخل ثمر، كان عليهم أن يدفعوا إليه ولد جاريته وثمر نخلته؛ وذلك لأن الوصية كانت متعلقة بها، فالولد بعد الموت حدث على حق الموصى له، فإذا هلكت الأم بقي الحق في الولد على حاله[3].



(١) في ل (حدث).

(٢) في أ (بقيت) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٥/٤٥١ وما بعدها.

بَابُ
ما يشتركُ فيه أهل الوصايا وما يبدأ بعضهم على بعض

قال أبو الحسن: وما ذكرت من هذه الوصايا، فما كان منها لمن تجاوز قدره الثلث، فإن كل واحد من أصحابها يضرب بقدر وصيته الثلث، فيكون الثلث بينهم علىٰ قدر ذلك؛ لا يبدأ بعضهم علىٰ بعض.

إلا أن [يكون] عتقًا موقعًا في المرض أو موقعًا بموت الموصي، أو محاباة في بيع وقع في المرض، فإنه يبدأ بذلك قبل كل وصية، ثم يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك فيما بقي من الثلث، فيكون بينهم علىٰ قدر وصاياهم؛ وذلك لأن الوصايا إذا تساوت، فكل واحد منهم يستحق بسبب مثل سبب الآخر، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق.

وأما العتق الموقع والمعلق بالموت كالتدبير الصحيح والعتق، فإنه يقدم؛ لأن القسمة لا تلحقه من جهة الموصي، وكذلك المحاباة يستحقه بعقد معاوضة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، والوصايا يلحقها الفسخ من جهته، وكذلك المحاباة يستحقه بعد معاوضة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، فحلت محل العتق[1].

وهذا الذي ذكره أبو الحسن إنما أفرد في الوصايا: إذا كانت لآدميين معينين، فأما الوصايا بالحق لله تعالىٰ فتقدم بعضها علىٰ بعض، وإن لم يكن عتقًا علىٰ ما سنبين فيما بعد.

(١) انظر: الأصل، ٥/٤٦٣ وما بعدها.

قال: فإن ضاق الثلث عن العتق والمحاباة[١]، فإن أبا حنيفة قال: إن كانت المحاباة قبل العتق أو معًا، بدئ بالمحاباة قبل العتق، إلا أن يقدم العتق، ورواه معلىٰ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يبدأ بالعتق قبل المحاباة [تقدم أو تأخر.

لأبي حنيفة: أن العتق والمحاباة][٢] كل واحد منهما قد يساوي الآخر؛ لأنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، وللمحاباة مزية، وهو أنها يتعلق استحقاقها بعقد معاوضة، فإذا تقدم العتق فقد ساوىٰ المحاباة في الثبوت، وحصل له مزية التقدم؛ لأن الإنسان يقدم الأهم عنده، وللمحاباة مزيّة، وهي تعلق استحقاقها بعقد معاوضة، فكانا سواء.

فإذا تقدمت المحاباة ولها مزيّة التقديم، وتعلقها بعقد معاوضة، حصلت لها مزيّتان، وللعتق مزيّة واحدة، وقد تعذر الفسخ، وقد ساوت المحاباة في هذه المزية، أن الفسخ لا يلحقها من جهة الموصي؛ فلذلك تقدمت المحاباة.

وجه قولهما: أن العتق لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلقحها الفسخ، فكان ما لا يلحقه الفسخ أولىٰ بالتقديم.

---

(١) المحاباة: «من حبا يحبُوْ حَبْوَةً ـ بالفتح ـ: أعطاه، والحِبَاء ـ بالكسر ـ: العَطاء، وحابىٰ في البيع مُحاباة». مختار الصحاح (حبا).
قال الفيومي: «وحاباه محاباةً: سامحه، مأخوذ من حَبَوتُهُ إذا أعطيته». المصباح (حبا).
وفي الاصطلاح: «فالمحاباة: عبارة عن تبرع مقصود في ضمن معاوضة. ويطلقه الفقهاء: علىٰ البيع بأقل من القيمة بكثير؛ قصدًا لنفع المشتري، وعلىٰ الشراء بأكثر من ذلك؛ قصدًا لنفع البائع». انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٤٠٤.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ل ساقطة من الأصل.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن تعلق المحاباة بعقد مستحق مقدّم على ما تعذّر الفسخ فيه [٣٩٩/أ]، ألا ترى أن الدين مقدم على العتق وإن كان ينفسخ فيه، إلا أنه لما تعلق بعقد يقتضي الاستحقاق؛ قدم العتق، وكذلك المحاباة.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا حابى ثم أعتق، ثم حابى، ثم قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في الجهة، فما أصاب المحاباة الأخرى قسم بينهما وبين العتق نصفين؛ لأن العتق متقدم عليها، وقد بَيَّنَّا أنه إذا تقدم على المحاباة ساواها.

ولو أعتق، ثم حابى، ثم أعتق، قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين، فما أصاب العتق الأول قسم بينه وبين العتق الثاني.

قال: فإن كان من أهل الوصايا من سمى له أكثر من الثلث، فإن أبا حنيفة كان يردّ وصية ما جاوزت وصيته الثلث إلى الثلث، فيضرب له بالثلث، ولا يضرب له بما جاوز ذلك، إلا خمس وصايا: العتق الموقع في المرض أو [المعلق] بموت الموصي، والمحاباة في المرض، والوصية بالعتق الموقع، والوصايا المرسلة.

والوصية المرسلة: ما كانت وصية شيء بغير عينه، ولا يكون منسوبًا إلى جزء من المال، وهو أن تقول: أوصيت لعمرو بمائة درهم، ولزيد بمائة درهم، وما كان في معنى هذا، فإن أبا حنيفة كان يضرب لأصحاب هذه الوصايا في الثلث بجميع ما سمّى لِكُلّ واحد منهم إن جاوزت دون وصية الثلث.

وقال أبو يوسف ومحمد: نضرب لكل واحد موصى له من الثلث بعدد وصيته، جاوزت الثلث أو لم تجاوز.

وجه قول أبي حنيفة: أن الموصىٰ له بما زاد علىٰ الثلث، موصىً له بحق الغير، [بدلالة أنه لا يجوز له أن يستحقه إلا بانضمام الإجازة إليه، فصار كمن أوصىٰ له بمال غيره، فلا يضرب له مع أصحاب الوصايا؛ ولأن للموصىٰ له بالثلث بسبب صحيح][1] بدلالة أنه يجوز أن يستحقه من غير إجازة ولا قضاء، وللموصىٰ له بما جاوز الثلث بسببه ليس بصحيح، ألا ترىٰ أنه ما استحقه إلا بإجازة، وما كان سببه صحيحًا، لا يساوىٰ ممن لا يصح سببه، ولا يلزم الدراهم المرسلة؛ لأنها غير متعلقة بغير التركة، ويجوز أن يستحق من غير إجازة، ألا ترىٰ أن المال إذا زاد فخرج من ثلثه نفذت؛ فلذلك ضرب بجميعها.

والعتق الموقع، والموصىٰ به، والمتعلق بالموت، والمحاباة، هي وصايا بالسعاية، وتعذر المغابنة، وذلك دراهم مرسلة، والباب فيها واحد.

فإن قيل: قد قال أبو حنيفة فمن أوصىٰ له بعين من تركته، فجاوز قيمتها الثلث، أن الموصىٰ له لا يضرب منه إلا بقدر الثلث، فإن جاز أن يخرج من الثلث بزيادة المال.

قلنا: هذه وصية بعين تعلق حق الورثة بها، فهي كالوصية بما زاد علىٰ الثلث سواء، وليس كذلك الدراهم؛ لأنها لم تتعلق بعين التركة، ألا ترىٰ أن مال الوصي لو هلك واستفاد مالاً آخر لم تبطل الوصية، فدل علىٰ أنها لم تتعلق بأعيان التركة التي تعلق بها حق الورثة.

ومن مسألة الإلزام: لو هلكت التركة، واستفاد مثلها بطلت الوصية، فدل علىٰ أنها متعلقة بعين التركة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل، ساقطة من الأصل.

وجه قولهما: أن الثلث إذا تضايق عن الحقوق، ضرب كل واحد منهم بجميع (ما سمي له)[1] كأصحاب العول والغرماء؛ ولأن الميت قصد إلىٰ التفضيل بينهم، فلو رددنا من زادت وصيته علىٰ الثلث إلىٰ الثلث لسوينا بينهم، وهذا خلاف ما قصد الميت[2].



(١) في ل (ما أوصىٰ به).

(٢) انظر: الأصل ٥/٤٤٤ وما بعدها.




بَابُ
ما يتداخل من الوصايا

قال أبو الحسن: والتداخل[١] من الوصايا ما كان من وصية بعينها أوصىٰ بها لاثنين أو أكثر من ذلك، [أو] أوصىٰ لكل واحد منهما بجميع العين، فإن أبا حنيفة كان يقسم العين بين أهل الوصايا علىٰ عددهم، [فما][٢] حصل لكل واحد منهم من ذلك العين إذا قسمها بينهم، ضرب له بذلك القدر الذي حصل له بالقسمة، ولا يضرب له بجميع تلك العين، وإن كانت القسمة وقعت بجميع العين.

مثاله: أن تقول: (قد أوصيت لعبدي سالم)[٣]، وأوصيت بعبدي سالم [لزيد][٤]، وأوصيت بعبدي سالم لعمرو، فإن العبد يقسم بينهما نصفين علىٰ عددهما، وهما اثنان، فيضرب كل واحد بنصف العبد، لا يضرب بأكثر من ذلك، وكذلك لو أوصىٰ به لثلاثة، أو لأربعة.

وكان أبو يوسف ومحمد يضربان لكل واحد منهما بجميع وصيته.

وهذا المثال الذي ذكر يتفق قولهم من أصلين مختلفين؛ لأن العبد إذا كان يخرج من الثلث.

فعند أبي حنيفة: يضرب كل واحد منهما بنصفه، فيتساويان فيه.

---

(١) في ل (والمتداخل).

(٢) في أ (كما) والمثبت من ل.

(٣) ساقطة من ل.

(٤) الزيادة من ل.




(وعندهما: يضرب كل واحد منهما بجميعه، فيتساويان فيه)[١].

وإنما يظهر الخلاف إذا انضمت إلىٰ وصيتهما وصية أخرىٰ، مثاله: إذا كان له عبد يقال له سالم، قيمته ألف درهم، أوصىٰ به لزيد، وأوصىٰ به لعمرو، وله ألفا درهم سوىٰ العبد، وأوصىٰ لرجل آخر بألف درهم، فعند أبي حنيفة: يضرب لزيد بنصف سالم، وعمرو [بنصفه]، والموصىٰ له الآخر بألف، فيقتسمون الثلث أرباعًا[٢].

وقال أبو يوسف ومحمد: يضرب لزيد بجميع العبد، وعمرو بجميعه، والموصىٰ له بألف فيقتسمون التركة أثلاثًا.

وجه قول أبي حنيفة: أن الوصية يصح إبطالها من جهة من استحقت عليه، وهو الموصي، فما استحقه كل واحد منهما علىٰ الآخر تبطل وصيته فيه، فلا يجوز [أن يضرب] بما قد استحق عليه، كما لا يضرب بحق غيره من الوصايا.

وليس كذلك أصحاب الديون؛ لأن الدين لا يجوز أن يبطل بسبب من جهة المستحق عليه، وكذلك أهل العول، لا تبطل سهامهم بسبب من جهة الميت؛ فلذلك ضربوا بجميع ما يثبت حقهم فيه من الأصل، وهذا جارٍ علىٰ أصل أبي حنيفة: أن من كان لا يدلي بسبب صحيح لا يضرب بجميع دعواه، [وللموصىٰ له بعين][٣] تعلق بها حق الغير لا يدلي بسبب صحيح، ألا ترىٰ أنه لا يستحقها بنفس السبب حتىٰ تنضم إليها معنىً آخر.

---

(١) ساقطة من ل.

(٢) في ل (أثلاثًا).

(٣) في الأصل (والموصىٰ بها) والمثبت من ل.

وجه قولهما: أن كل واحد منهم يثبت حقه في جميع ما أوصىٰ له به، وإنما نقص بالمزاحمة، فيضرب بجميع دعواه، كأصحاب الديون والعول.

قال: ولو كانت المسألة بحالها والتركةُ عبدٌ وألفا درهم، وأوصىٰ له، وأوصىٰ لزيد بعبده سالم، وأوصىٰ لعمرو بثلث ماله، ولم يوص بغير ذلك، فإن الوصية في قول أبي حنيفة في العبد: قد تداخلت في ثلث العبد؛ لأنه موصٍ بثلثه لصاحب الثلث، وبجميع العبد لصاحب العبد، (والثلث من العبد يوصىٰ به لزيد ولعمرو، وكذلك الثلث بينهما نصفان، وبقية العبد لزيد)[١]، فيضرب زيد في الثلث بخمسة أسداس العبد، ويضرب عمرو بسدس العبد، وثلث الألفين[٢]، وهو ثلثا ألف، [فجميع وصيته ألف من المال، فوصية كل واحد مثل وصية الآخر، فيكون الثلث ـ وهو ألف درهم ـ بينهما نصفين][٣]، [وخمسمائة][٤] لزيد [٣٩٩/ب] يأخذها من العبد، وهو نصفه[٥]، ويأخذ عمرو خمسمائة [خمس ذلك] من العبد وهو مائة، وهو [عشر][٦] العبد، وأربعمائة من المال؛ (لأن عمرًا ضرب بخمسائة، خمس ما ضرب له من العبد، وأربعة أخماس ما ضرب له من المال؛ فلذلك يستوفي خمس ما أصابه من العبد، وأربعة أخماسه من المال)[٧].

وهو علىٰ أصل أبي حنيفة؛ لأنه اجتمع في رقبة العبد وصيتان، وصية لزيد

---

(١) ساقطة من ل.

(٢) في ل (فيضرب عمرو وسدس العبد بثلث الألفين).

(٣) في أ موضعها (والثلث بينهما نصفان) فقط، والمثبت من ل.

(٤) في أ (والوصية) والمثبت من ل.

(٥) في ل (وهو قدر نصف العبد؛ لأن وصيته فيه).

(٦) في أ (وعين) والمثبت من ل.

(٧) ما بين القوسين ساقطة من ل.

لصاحب الثلث، فثلثا العبد لصاحب العبد بغير مزاحمة، وثلث العبد استوت فيه وصية زيد ووصية صاحب الثلث، فيقسمه بينهما، فصار لزيد خمسة أسداس العبد، فيضرب بها، وللموصى له بالثلث سدس العبد، وثلث ما بقي من المال، وهو ثلثا[1] ألف، فذلك خمسة أسداس الألف، فتساوت الوصيتان، فيقسم الثلث نصفين، فما أصاب زيد فهو من العبد خاصة، وذلك خمسمائة، وهو نصف العبد، وما أصاب الموصى له بالثلث، وهو من العبد والمال؛ لأن وصيته تعلقت بهما، ووصية الأول اختصت بالعبد، وقد استحق من العبد السدس، ومن [الألفين] ثلثا ألف، فصار حقه أخماسًا، خمس من العبد، وهو مائة، وذلك عشر العبد، وأربعة أخماسه وهو أربعمائة من الألفين.

ولم يبين قول أبي يوسف ومحمد، والذي يجيء على أصلهما: (أن زيدًا يضرب بجميع العبد، وهو ألف، ويضرب الموصى له بالثلث بجميع الثلث وهو ألف)[2]، فيقسمان الثلث بينهما نصفين، فما أصاب الموصى له بالعبد كان من العبد؛ لأن وصيته فيه خاصة، وما أصاب الموصى له بالثلث فثلثه من العبد، وثلثاه من الألفين؛ لأنهما ضربا له من العبد ذلك الثلث[3]، فقد استوى القولان، [في] قدر الوصية.

وإنما ظهر الخلاف في مقدار ما استحقه الموصى له بالثلث في رقبة العبد، فجعل أبو حنيفة له العشر، وجعلا له السدس من العبد، وذلك مائة وستون وثلثان[4]. [والله أعلم].

(١) في ل (ثلث).
(٢) ساقطة من ل.
(٣) في ل (ثلث الثلث).
(٤) انظر: الأصل ٤٣٦/٥ وما بعدها.



بَابُ
ما يُجاوزُ الثلثَ من الوصايا إذا أجازته الورثةُ

قال أبو الحسن: لو أن رجلاً أوصى لرجل بجميع ماله، وأوصى لآخر بثلث ماله، فأجازت الورثة الوصيتين جميعًا، فإن عليّا الرازي حكى عن أبي يوسف ومحمد، ذكرا أن قول أبي حنيفة: إنّ الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة؛ لأن صاحب الثلث لا يَدَّعِيْهِ، ويكون الثلث الباقي بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث[1].

وقال الحسن بن زياد: ليس هذا قول أبي حنيفة، ولكن قول أبي حنيفة: أن للموصى له بالثلث رُبُعَ المال، وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه.

وهذه المسألة ليس لأبي حنيفة فيها قول، وإنما اختلفوا في قياس قوله، فقال أبو يوسف: يسلّم لصاحب الجميع ثلثا المال؛ لأنه لا منازع له فيه، ثم يتضاربان في الثلث [بالمزاحمة]، فينقسم بينهما نصفين.

[فأما محمد فقال: قياس قول أبي حنيفة: أن ما يتفقان الإجازة، وهو الثلثان، يدفع إلى صاحب الجميع، ثم يقسمان الثلث على العول]، (فثلث المال الذي لا إجازة فيه، فيقسم بينهما لم يدفع الباقي إلى صاحب الثلثين)[2]، وهذا الاختلاف لا يبين في الحكم[3] في هذه المسألة؛ لأنه لا يؤدي إلى معنى واحد،

---

(١) الأصل، ٥/٥٦٣.

(٢) ساقطة من ل.

(٣) في ل (له في الحكم) فقط.




وإنما يتبين في غيرها من المسائل، [وهي إذا أوصىٰ لأحدهما بالجميع، وللآخر بالثلث، وللآخر بالربع، فعلىٰ قياس قول أبي يوسف: لصاحب الجميع الثلثان، ونصف السدس بين صاحب الثلث والربع بينهم أثلاثًا.

وعلىٰ قياس قول محمد: لصاحب الجميع الثلثان، والثلث بينهما علىٰ أحد عشر، وقال أبو يوسف ومحمد: يضرب لصاحب الجميع بثلاثة أرباع المال، ولصاحب الثلث سهم، فيكون المال بينهم أرباعًا.

قال ابن زياد: قياس قول أبي حنيفة: أن لصاحب الجميع ثلاثة أرباع المال، ولصاحب الثلث الربع.

وجه قول أبي حنيفة: أن الثلثين لا حق فيها لصاحب الثلث، والثلث حقهما فيه، فصار كمن أوصىٰ لرجل بثوب وأوصىٰ لرجل آخر بثوب.

وجه قولهما: أن كل واحد منهما عند الإجازة حقه ثابت، فصار كأصحاب العول والدين.

وأما وجه قول الحسن؛ فلأنه يقول: الثلث بينهما نصفان لتساويهما فيه مع عدم الإجازة، ثم النصف لا دعوىٰ فيه لصاحب الثلث، فينفرد به صاحب الجميع، ويتساويان في السدس، فيكون بينهما نصفين][1]، وإنما ابتدأ أبو يوسف بقسمة الثلث؛ لأنه لا إجازة للورثة فيه، وإنما يجوز بكل حال، وكذلك ابتداؤه بالقسمة.

وقد اعترض الحسن علىٰ هذا القول، وقال: إنه يؤدي إلىٰ أن نصيب صاحب

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ وزيدت من ل.



الثلث عند الإجازة ما يصيبه عند الرد، ومعلوم أن الورثة أجازوا لهما جميعًا، فلا يجوز أن تعمل إجازتهم في زيادة أحدهما دون الآخر، ألا ترىٰ أنهم لو ردوا وصية صاحب الثلث وأجازوا لصاحب الجميع استحق صاحب [الثلث] السدس عنده، فكيف يستوي في حقه الإجازة والرد.

(وجه رواية الحسن: أن الثلث مقسوم بينهما نصفان، كما كان يقسم بينهما عند عدم الإجازة، ثم قد بقي في وصية الثلث السدس، فيضرب به إلىٰ الثلثين، ويضرب صاحب الجميع بمثله؛ لأنه موصىٰ له بذلك السدس، فيقسم بينهما نصفين، وينفرد صاحب الجميع بالباقي، فيختلف ما يصيب صاحب الثلث بحال الإجازة والرد)[1].

وقد اعترض محمد علىٰ هذا القول، وعلىٰ قول نفسه الذي خرجه علىٰ قول أبي حنيفة، وعلىٰ ما حكاه أبو يوسف في قياس قوله، وزعموا أن جميع ذلك مضطرب لا يصح.

وذكر أن الذي ذكر الحسن عن أبي حنيفة قول زفر، واختار أبو الحسن من هذا ما ذكر الحسن عن أبي حنيفة، وقال: إنه الصحيح عنده.

واعترض محمد علىٰ ما ذكره أبو يوسف من قياس قول أبي حنيفة، فقال: إن هذا يؤدي إلىٰ أن تكون حصة صاحب الثلث عند عدم الإجازة أكثر من حصته عند وجودها، وهذا لا يصح.

وبيان ذلك: أنه لو أوصىٰ لأحدهما بجميع ماله، وللآخر بالثلث، أو بالسدس، كان علىٰ قوله يجب أن يكون الثلث بينهما إذا لم تجز الورثة أثلاثًا،

---

(١) ساقطة من ل.



فنصيب صاحب السدس تسع المال، وصاحب الجميع تسعا المال، ولو أجازوا: جُعِل لصاحب الجميع خمسة أسداس المال، وجعل السدس بينهما، فأصاب الموصىٰ له بالسدس مع الإجازة نصف السدس، وما أدّىٰ إلىٰ هذا فهو فاسد.

قال محمد: ولهذا قلت: إنه يبتدأ بالثلث الذي لا إجازة فيه أولاً، ثم ينفرد صاحب الجميع بالباقي، وقد ذكر محمد أن ما قاله من [قياس] قول أبي حنيفة، وما قاله أبو يوسف والحسن كل واحد منهما معترض، وصحح أبو الحسن ما قاله الحسن.

وأما علىٰ [قياس] قول أبي يوسف ومحمد: إذا أوصىٰ لأحدهما بالجميع، وللآخر بالثلث، فأجازت الورثة، فإن المال بينهما أرباعًا؛ لأنهما ضربا لصاحب الجميع بالجميع، وهو ثلاثة أسهم، فضربا لصاحب الثلث بسهم، وقسما علىٰ ذلك[1].



(١) انظر: الأصل، ٥/٥٦٣ وما بعدها؛ التجريد، ٨/٣٩٩٧ وما بعدها.

بَابُ
الوصايا إذا ضاقَ عنها الثلثُ



قال هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف ـ وهو قول محمد ـ: إن كل شيء كان جهته الله تعالىٰ من وجوه الحج والصدقة والعتق وغير ذلك، وأوصىٰ به، فكان الثلث لا يبلغ ذلك، فإن كان كله تطوعاً، بُدِئ بالأول فالأول فيما نطق به حتىٰ يأتي علىٰ آخره [٤٠٠/أ] أو ينقص المال، فيبطل ما بقي إلىٰ آخر ما ذكر[١].

قال رحمه الله: ما [يحصل][٢] بهذا أن الوصايا إذا [لم يكن] فيها عتق موقع [ولا معلق][٣] بالموت، فإن كانت كلها فرائض متساوية بدئ بما قدمه الميت منها؛ لأنها تساوت في القوة والوجوب، والإنسان يبتدئ بالأهم إليه، فوجب أن يقدم ما قدمه إذا ضاق الثلث عن جميعها.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة، فقال في إحدىٰ الروايتين: يبدأ بالحج، وإن أخره، وقال في الأخرىٰ: يقدم الزكاة، وهو قول محمد.

وإنما قدم الحج في الرواية الأولى؛ لأنه [يتعلق][٤] بالبدن، والمال معتبر فيه، والزكاة تتعلق بالمال، وليس لها تعلق بالبدن، فكان الحج أقوى وهو أولى بالتقديم.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن كل واحد من الحج والزكاة منصوص عليه في

---

(١) انظر: الأصل، ٤٤٣/٥.

(٢) في أ (يجعل) والمثبت من أ.

(٣) في أ (إذا كان).

(٤) (فلا يتعلق) والمثبت من ل.

القرآن، وهو فرض، إلا أن الزكاة يتعلق حق الآدمي بها، فكانت أقوىٰ، ثم ما أوجبه الله تعالىٰ من الواجبات ابتداءً أولىٰ [بالتقديم] مما أوجبه الله تعالىٰ عند سبب يوجد من المكلف.

فقالوا في الحج والزكاة: إنهما يقدمان علىٰ الكفارات لإيجاب الله تعالىٰ لهما في القرآن [ابتداءً من غير سبب من جهة المكلف]، وهي كفارة القتل والظهار، واليمين مقدمة علىٰ صدقة الفطر؛ لأن القرآن لم يدل علىٰ وجوب صدقة الفطر، [ودلّ علىٰ وجوب هذه الكفارات، فكانت أولىٰ].

وصدقة الفطر مقدمة علىٰ الأضحية؛ لأنها متفق علىٰ وجوبها، ولذلك تقدم علىٰ كفارة الفطر في رمضان؛ لأن كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد، وصدقة الفطر ثبتت بأخبار الاستفاضة والإجماع.

ثم صدقة الفطر تُقدم علىٰ النذر؛ لأنها وجبت بإيجاب الله تعالىٰ، والنذر يقدم علىٰ الأضحية؛ لأنه لم يختلف في وجوب النذور، وقد اختلف في وجوب الأضحية، ثم الأضحية مقدمة علىٰ النوافل؛ لأنها واجبة عندنا.

ثم النوافل تبدأ بما ابتدأ به؛ لأنها تساوت في الثبوت، والإنسان يبدأ بالأهم عنده، فوجب أن يبدأ به؛ لأنّ تنفيذ الوصية إنما يثبت لحقه.

وإنما قلنا: إن الواجب يقدم وإن أخرها؛ لأن الواجب حسن الظن به، وأنه لا يقصد إلىٰ تأخير الواجب، وتقدم النفل يدل علىٰ أن ذلك علىٰ طريق السهو، فوجب تقديم الواجب إن قدّم الأخرىٰ وإن أخره، وإنما يقدم ما قدمه من النفل [وإن تساوت][1] جهاته.

(١) في أ (لأنه صارت) والمثبت من ل.



وأما الوصايا بعتق، فإن كان عتقًا واجبًا في كفارة، فحكمه حكم الكفارات على ما قدمنا، وإن كان غير واجب فحكمه حكم الوصايا المتنفل بها؛ لأن الوصية بالعتق يلحقها الفسخ، كما يلحق سائر الوصايا.

فإن كان مع هذه الوصايا الثابتة لحق الله تعالى وصية لآدمي معين بشيء ما، ضربه ما أوصى له به مع الوصايا بالقُرب، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب، ولا تجعل كلها جهة واحدة.

فإذا قال: ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات [ولزيد][1]، قسم على أربعة أقسام؛ لأن كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى، وهي [كالوصية بجماعة معينين][2]، ولا يقال إن المقصود بالقُرَب جهة واحدة، فيجب أن يضرب الموصى له بسهم، والقرب بسهم؛ لأن المقصود بالقُرَب وإن كان لله تعالى، فكل جهة منها يقصد بها خلاف ما يقصد بالأخرى، فصار كمن أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل أنه يضرب لكل جهة منها بسهم، وإن كان المقصود من جميعها الله تعالى.

فإن قيل: إن كان يجب تقديم الواجب من الوصايا على ما لا يجب، فهلا قلتم: إنه إذا أوصى بالحج، وأوصى لآدمي معيّن، أن الحج مقدم؛ لأنه فرض، وما أوصى به لآدمي تبرع.

قيل له: تعلق حق الآدمي [المعيّن][3] يقوي هذه الجهة؛ ولأن الموصى له [إن قبل]، لزمه حق واجب[4] بالوصية، فلذلك ساوى الفرض.

---

(١) في أ (ولذلك) والمثبت من ل.

(٢) في أ (كالوصايا) والمثبت من ل.

(٣) في أ (بالغير) والمثبت من ل.

(٤) في ل (قبل الوصية).

بَابُ
الرجل يُوصي لقرابته

قال أبو الحسن: وإذا أوصىٰ الرجل فقال: ثلث مالي لذوي قرابتي، فإن أبا حنيفة قال: الوصية لقرابته لذوي الرَّحِم المَحْرَم، الأقرب فالأقرب منهم، وقال أبو يوسف ومحمد: [الوصية لجميع] قرابته من جهة الرجال والنساء إلىٰ أقصىٰ أب له في الإسلام، الطرفين جميعًا، يشتركون في الثلث، الأقرب منهم والأبعد والذكر والأنثىٰ فيه سواء.

فأما أبو حنيفة: فاعتبر في هذه الوصية الأقرب فالأقرب [بينهم]، وذو الرَّحِمِ المَحْرَمِ، وأن لا يكون منهم [والدٌ ولا ولد]، اثنين فصاعدًا.

واعتبر أبو يوسف ومحمد: اثنين فصاعدًا ممن ينسب إلىٰ أقصىٰ أب له في الإسلام، والقريب والبعيد فيه سواء، أما الأقرب فالأقرب فلأنها تمليك يتعلق بالموت، فإذا استحق [بالقرب][1] كان الأقرب فالأقرب؛ والدليل عليه الميراث، ولأنا لو سوّينا فيه بين القريب والبعيد أدىٰ إلىٰ إبطال الوصية، ألا ترىٰ أن المقصود من هذه الوصية الآدمي، فإذا اشترك فيها ممن لا يحصىٰ [عدده]، دخل فيها الغني والفقير، فلم تصح الوصية.

وأما اعتبار [الرحم] المحرم: فلأن هذا يقصد به الصلة، فتخص بالرحم المحرم كالنفقة، ولا يدخل فيهم ولد ولا والد؛ وذلك لأن القرابة ممن يُقَرّب إلىٰ الإنسان بغيره، فأما الأب والابن فهما أصل القرابة، وينفرد كل واحد بنفسه،

(١) في أ (بالموت) والمثبت من ل.

فلا يتناوله إطلاق الاسم ؛ ولأن الله تعالىٰ عطف الأقربين علىٰ الوالدين ، [والمعطوف][1] غير المعطوف عليه .

وجه قولهما: أن القرابة اسم للقريب والبعيد ؛ بدلالة ما روي عن النبي ﷺ لما نزل عليه قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤] ، صعد الصفا وقال: «**يا بني فلان ، يا بني فلان**» حتىٰ دعا قبائل قريش ، وقال: «**إني نذير لكم بين يدي عذاب شديد**» ، فدل علىٰ أن القرابة يتناول الجميع ؛ ولأن كل حكم يتعلق بالقرابة لا يخرج منه الولد والوالد ، كالميراث والنفقة ، وإنما اعتبروا بنسب إلىٰ أقصىٰ أب في الإسلام ، وكولد العباس إذا أوصىٰ دخل في وصيته كل منتسب إلىٰ العباس ، والعلوي يدخل في وصيته كل منتسب إلىٰ عَلِيّ ؛ (لأن البيت شرف بالإسلام ، وصار الأب المسلم أهلاً للبيت)[2] ، فلم يعتبر من تقدمه .

وأما قوله: اثنان فصاعدًا ، فهذا علىٰ وجهين: إن أوصىٰ لذوي قرابته استحقها الواحد [فصاعدًا] ؛ لأن الاسم [يتناول جمع] الواحد .

وإن قال: لذوي قرابتي ، فهو اسم جمع يتناول الاثنين فصاعدًا ؛ لأن اسم الجمع في المواريث محمول علىٰ الاثنين ، فكذلك الوصايا .

٢٧٦٩ ـ فَصْل: [موت المُوْصَىٰ له وله عَمَّان وخَالَان]

قال: فإن مات الموصىٰ له وله عمان وخالان ، فالثلث علىٰ قول أبي حنيفة للعَمَّيْن ، وفي [٤٠٠/ب] قول أبي يوسف ومحمد: [بينهم] أرباعًا ؛ وذلك لأن أبا حنيفة يعتبر الأقرب فالأقرب ، فالعم أقرب من الخال ، فكان أولىٰ بالوصية .

---

(١) في أ (والعطف) والمثبت من ل .

(٢) في ل (لأن الجد المسلم صار هو الثالث ، وشرفوا به) هكذا .

وعلىٰ أصلهما: القريب والبعيد سواء، فيشترك العمان والخالان.

وقال أبو حنيفة: إن كان له عم وخالان، فللعم نصف الثلث، وللخالين النصف؛ وذلك لأن البعيد عنده لا يشارك القريب، فكأنّ العم انفرد، فيستحق نصف الوصية؛ لأن الموصي جعل الوصية للجميع، فلا يستحق العم أكثر من نصفها؛ لأن أقل من ينضمّ إليه مثله، وإذا استحق نصف الثلث [بقي النصف](١) الآخر لا مستحقّ له أقرب من الخالين، فكان لهما.

فإن كان الآخر له عمّ واحد، ولم يكن له غيره من ذي الرحم المحرم، فنصف الثلث لعمه، ونصف الثلث رد علىٰ ورثة الموصي؛ وذلك لأن العم لا يستحق أكثر من النصف، علىٰ ما قدمنا فيما بقي لا مستحق له، فتبطل [فيه] الوصية.

فإن كان أوصىٰ لذوي قرابته، فجميع الثلث للعم علىٰ ما قدمناه؛ لأن هذا الاسم يتناول الواحد فصاعداً.

قال محمد في الزيادات: أوصىٰ لذي قراباته ولأنسابه، أو أقربائه، أو لذوي أرحامه، أو لأرحامه بثلث ماله، فهذا علىٰ كل ذي رحم محرم من الرجال والنساء، وعلىٰ بني الأب الذين ينسبون إليه من قبل الرجال أقصىٰ أب [له] في الإسلام، ومن قبل النساء أقصىٰ أب في الإسلام، كانوا ذوي رحم محرم، أو لم يكونوا، ولا يتلفت إلىٰ من كان من الآباء في الجاهلية، وهذا علىٰ ما قدمنا في قولهما(٢).

---

(١) في أ (بغير نصف) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥/٤٣٠.





٢٧٧٠ ـ فَصْل: [الوصية بالثلث لأهل بيته]

وقال: إذا أوصىٰ بثلث ماله لأهل بيته أو لحسبه، فهذا علىٰ بني[١] أبيه الذين ينسبون إلىٰ أقصىٰ أب في الإسلام، فإن كان أبواه علىٰ غير دينه دخلوا في الوصية؛ لأن البيت عبارة عمن ينتسب إلىٰ الأب دون الأم، وكذلك الحسب، ألا ترىٰ أن الهاشمي إذا تزوج أمة فولدت، فينسب إليه، وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه، فدل علىٰ أن الحسب والبيت مختص بالأب دون الأم[٢].

٢٧٧١ ـ فَصْل: [الوصية بالثلث لآل فلان]

ولو أوصىٰ [بثلث ماله] لآل فلان، كان بمنزلة قوله: لأهل بيت فلان، فلا يدخل من ينسب إلىٰ الأم [في الوصية]؛ لأن الآل هم القبيلة، ألا ترىٰ أن العربي إذا كانت أمّه أمةً فأهله العرب دون أقارب أمه.

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا أوصىٰ فقال: ثلث مالي لأهل فلان، فهذا علىٰ زوجة فلان خاصة، وقال أبو يوسف ومحمد: علىٰ جميع من يعولهم فلان ممن يضمنه نفقته عربيًا كان أو غيره: الزوجة، واليتيم في حجره، والولد إذا كان يعوله، فإن كان كبيرًا قد اعتزل عنه، أو كانت ثيبًا قد تزوجت، فليست من أهله.

وقال في الزيادات: إذا أوصىٰ لأهل فلان، فالقياس في هذا أن الوصية للزوجة خاصة دون من سواها، ولكنا استحسنا فنجعل الوصية لجميع من يعول ممن يجمعه منزله وداره من الأحرار، ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث

---

(١) في ل (قرابته).

(٢) انظر: المصدر السابق ٥/٤٣١.



الموصي ، ولا يدخل الموصىٰ لأهله في شيء من هذه الوصية ، ولم يذكر قول أبي حنيفة في الزيادات .

وجه قول أبي حنيفة: أن الأهل في الإطلاق يتناول الزوجة ، ألا ترىٰ أنهم يقولون: فلان متأهل إذا تزوّج ، ولم يتأهل إذا لم يكن له زوجة ، فدل علىٰ أن الاسم يتناول الزوجة ، فوجب أن تحمل الوصية علىٰ ذلك .

وجه قولهما: أن الأهل عبارة عمن ينفق عليه الإنسان ، بدلالة قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱبْنِى مِنْ أَهْلِى﴾ [هود: ٤٥] ، وقال في قصة لوط: ﴿فَنَجَّيْنَـٰهُ وَأَهْلَهُۥ﴾ [الشعراء: ١٧٠] ، فدل علىٰ أن الاسم يتناول من يشتمل عليه الميراث ، ويجمعه النفقة .

وأما المماليك فلا يدخلون في الوصية ؛ لأنه [لا] يقال: إنهم من أهل المولىٰ .

ولا يدخل في ذلك وارث للموصي ؛ لأنه لو عينه بالوصية لم يصح ، فكذلك إذا أطلق لا يدخل في الوصية .

فأما فلان الذي أوصىٰ إلىٰ أهله ، فلا يدخل في الوصية ؛ لأنه أوصىٰ لمن يضاف إليه ، والمضاف غير المضاف إليه ، فلا يدخل في الوصية ، كمن أوصىٰ لولد فلان ، لم يدخل فلان في الوصية .

٢٧٧٢ ـ فَصْل: [الوصية لأختانه بالثلث]

وقال في الزيادات: إذا أوصىٰ لأختانه[1] بثلث ماله ثم مات ، فالأختان:

(١) «الخَتَن ـ بفتحتين ـ عند العرب: كل من كان من قِبَل المرأة ، كالأب ، والأخ ، والجمع: أختان ، وختن الرجل عند العامة: زوج ابنته. وقال الأزهري: الختن: أبو المرأة ، والختنة: أمها ، فالأَختان مِن قِبَل المرأة ، والأحماء من قِبَل الرجل ، والأصهار يعمهما ، ويقال: المخاتنة: المصاهرة من الطرفين ، يقال: خاتَنْتُهُمْ ، إذا صَاهَرْتَهُمْ». المصباح (ختن).

أزواج البنات والأخوات والعمات والخالات، وكل امرأة ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المُوْصِي، فَزَوْجُهَا من أختانه، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر أو أنثىٰ فهو أيضًا من أختانه، ولا يكون الأختان إلا أزواج ذوات الرحم المحرم، ومن كان من قبلهم من ذوي الرحم المحرم، ولا يكون الأختان ما كان من قِبَل نساء الموصي؛ وذلك لأن الخَتَن اسم لزوج الابنة، وزوج كل ذات رحم، ومن ينسب إليه فهو من الأختان، وقد قالوا: نعم الختن القبر، فدل علىٰ أن الختن من اتصل نسبًا للموصي.

فأما قوله: لا يدخل فيه من كان قِبَل نسائه، فإنما يعني [به]: زوجاته؛ وذلك لأن من ينسب إلىٰ الزوجة صهر، وليس بختن.

وقال محمد في إملائه: إذا قال: قد أوصيت لأختاني، فأختانه أزواج كل ذي رحم محرم منه، وكل ذي رحم محرم من الزوج.

فإن كانت له أخت وبنت أخت وخالة، ولكل واحدة منهنّ زوج، ولزوج كل واحدة منهن أب، فكلهم أختانه، والثلث بينهم بالسوية، الأنثىٰ والذكر فيه سواء، أمّ الزوج وجدّته وغير ذلك سواء، وهذا علىٰ ما قدمنا.

فأما التساوي بين الذكر والأنثىٰ؛ فلأن الإضافة إليهم متساوية، فاقتضىٰ تساويهم في الحق.

وقال في الإملاء: إذا قال: أوصيت بثلث مالي لأصهاري، فهو علىٰ كل ذي رحم محرم من زوجته، وزوجة ابنه، وزوجة أبيه، وزوجة كل ذي محرم منه، هؤلاء جميعًا أصهاره، ولا يدخل في ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه، ولا امرأة أخيه؛ وذلك لأن الأصهار من كان أهل الزوجة، بدلالة ما روي أن النبي ﷺ لما



أعتق صفية وتزوجها أعتق كل من ملك ذا رحم محرم منها، ما ملكه إكرامًا لها، وكانوا يسمون أصهار رسول الله ﷺ.

٢٧٧٣ـ فَصْل: [الوصية بالثلث للجيران]

قال في الإملاء: قال أبو حنيفة: إذا أوصىٰ فقال: ثلث مالي لجيراني، فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان وغيرهم عبيدًا كانوا أو أحرارًا، نساءً كانوا أو رجالاً، ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية، قربت الأبواب أو بعدت، أو كانوا ملاصقين للدار.

وقال أبو يوسف ومحمد: الثلث لهؤلاء الذين ذكر أبو حنيفة ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة، ممن يضمهم مسجد واحد وجماعة واحدة، ودعوة واحدة، فهؤلاء جيرانه في كلام الناس.

وقال في الزيادات عن أبي حنيفة: إذا أوصىٰ لجيرانه فقياسه [٤٠١/أ] أن يكون للملاصقين، وهو قول أبي حنيفة، وينبغي أن يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي يجب لأهلها الشفعة، ومن كان [منهم] له دار من تلك الدور وليس بساكن فيها، فليس من جيرانه.

قال محمد: أما أنا فأستحسن أن أجعل الوصية لجيرانهم الملاصقين ممن يمك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها، وعلىٰ من يجمعه مسجد تلك المحلة الذين فيهم الموصي من الملاصقين وغيرهم، والسكان ممن في تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية، الأقربون والأبعدون، الكافر والمسلم والصَّبِيّ والمرأة في ذلك سواء.



وليس للمماليك والمُدَبَّرِين وأمهات الأولاد في ذلك شيء، وأما المكاتبون فهم في الوصية سواء إذا كانوا سكانًا في المحلة.

أما أبو حنيفة فقال: إن الحكم المعلق في الشريعة بالجوار تختص بالملاصقة، وهو الشفعة، فوجب حمل الوصية على الحكم الشرعي [المعلق] بالجوار.

وأما هما: فاستحسنا أن الموصي قصد بالوصية من يختص به ويخالطه ويقرب منه، وهذا المعنى يستوي فيه الملاصق وغيره، ألا ترى أن برّ الجار مستحب، فلا يختص ذلك بالقريب دون البعيد، فكذلك الوصية، وإنما اعتبرا من يجمعهم مسجد واحد؛ لأن هذا قرب واختلاط، وإذا اختلف المسجد زال الاختلاط؛ فلذلك حملاه عليه.

وإنما استوى الساكن والمالك؛ لأن الجار اسم للمقارب؛ وذلك لا يختص بالمالك دون الساكن، وكذلك الكافر والمسلم، والأنثى والذكر، وإنما لم يجعل للمماليك فيها حقًا؛ لأن المملوك ليس بجار، وإنما ينسب الجوار إلى مولاه، فلو دخل في الوصية استحقها المولى، وليس بجار للموصي، وأما المكاتب فيستحق ما (يعطى به)[1] دون مولاه فهو كالحر.

٢٧٧٤ - فَصْل: [الوصية لأيتام بني فلان]

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أوصى بثلث ماله لأيتام بني فلان، فإن كانوا يُحْصون دخل فيهم الغني والفقير، وكان الثلث بينهم سواء، الذكر والأنثى فيه سواء، وإن كانوا لا يُحْصون، فالثلث للفقراء منهم، يعطي الورثةُ[2] مَنْ شاؤوا.

---

(١) ساقطة من ل.

(٢) في ل (الوصي).



وكذلك إذا أوصىٰ لعميان بني فلان، أو لزمنىٰ بني فلان؛ وذلك لأن الاسم إذا كان يصلح للغني والفقير، إلا أنه يستعمل في ذوي الحاجة غالبًا فالوصية علىٰ وجهين:

إن كانت ممن يحصىٰ استوىٰ فيها الغني والفقير؛ لأن الاسم يتناولهما، وحمل الوصية عليهما لا يفسدها، فأما إن كانوا لا يحصون، فالوصية لفقرائهم؛ لأنا لو حملنا الاسم علىٰ الأغنياء، وهم لا يحصون، بطلت الوصية، فوجب أن يحمل علىٰ ذوي الحاجة؛ لأن الاسم قد يستعمل فيهم [خاصة]، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ ذكر اليتامىٰ في آية الخمس، والمراد بهم الفقراء، وكذلك الزمنىٰ يراد بهم الفقراء، وكذلك العميان، فحملت الوصية علىٰ ما يتناوله الاسم في حال التخصيص[1] لتصح الوصية.

وعلىٰ هذا أرامل[2] بني فلان؛ لأن هذا الاسم وإن جمع الغنية والفقيرة، فقد يستعمل في الفقراء خاصة، فحمل عليهن لتصح الوصية، وليس كذلك[3] من أوصىٰ لبني فلان، وهم لا يحصون؛ لأن هذا النسب لا يختص بالفقراء في حال من الأحوال، فلم يمكن تصحيح الوصية تخصيصًا لفقرائهم.

وأما إذا قال: لأَيَامَىٰ[4] بني فلان، فهو كقوله لبني فلان، لا يختص ذلك بالفقراء في حال من الأحوال، فإذا كانوا لا يحصون بطلت الوصية، وقد حمل محمد

---

(١) في ل (التصحيح).

(٢) والأرامل جمع أرملة: هي التي لا زوج لها؛ وذلك لافتقارها إلى من ينفق عليها. انظر: المصباح (رمل).

(٣) في (وليس هذا كمن).

(٤) «الأيِّمُ: العزب رجلاً كان أو امرأة، قال الصَّغاني: وسواء تزوّج من قبل أو لم يتزوّج، فيقال: رجل أيِّمٌ، وامرأة أيِّمٌ». المصباح (أيم).

الأيّم على الثيب، والاسم يتناول البكر والثيب، وقد بيّنّا ذلك في كتاب النكاح.

٢٧٧٥ ـ فَصْل: [الوصية لكل ثَيِّب من بني فلان]

قال: وإذا قال: لكل ثيب من بني فلان [فإن كن يُحْصَيْن فالوصية جائزة، وإن كن] لا يُحْصَيْن فالوصية باطلة؛ لأن الثيب لا تختص بالفقيرة دون الغنية، فلم يمكن حمل الوصية على التخصيص.

والثيب عند أبي حنيفة: كل امرأة جومعت بنكاح أو شبهة نكاح، والزانية ليست بثيب؛ لأن أحكام الثيب لا تثبت بها عنده.

وعلى قولهما: الثيب كل امرأة زالت بكارتها بجماع على ما مضى في كتاب النكاح.

٢٧٧٦ ـ فَصْل: [الوصية لأبكار بني فلان]

فإذا أوصى لأبكار بني فلان، وهنّ لا يُحْصَيْن، فالوصية باطلة؛ لأن هذا الاسم لا يستعمل مختصاً بالفقراء، فلم يمكن تخصيص الاسم.

والبكر: كل امرأة [لم يبتكرها] رجل عند أبي يوسف ومحمد، ومن زالت بكارتها بوثبة أو حيضة فهي بكر.

وعلى قول أبي حنيفة: من زالت بكارتها بالزنا بكر، فتدخل في الوصية.

نوادر في هذا المعنى

٢٧٧٧ ـ فَصْل: [المقصود بالقرابة في الوصية]

قال مُعَلَّى عن أبي يوسف: إذا أوصى لقرابته، فالقرابة من قبل الأم والأب،

والحَسَب[١] واللُّحمة من قبل الأب ؛ لأن القرابة لمن يتقرب إلىٰ غيره ، وهذا المعنىٰ موجود في الطرفين.

فأما الحَسَب: فهم بنو الأب ؛ لأن الإنسان يتحسبن بأبيه ، ولا يتحسبن بأمه ، وكذلك اللُّحمة: عبارة عما يعبر عن الحسبية.

وأما إذا أوصىٰ لأهل بيته دخل: أبوه وجَدُّهُ فيهم إذا كان ممن لا يرث ؛ لأن بيت الإنسان أبوه ومن ينسب إلىٰ أبيه ، فالأب أصل البيت ، فيدخل في الوصية ، وليس كالقرابة ؛ لأن القرابة ممن يتقرب إلىٰ الإنسان بغيره لا بنفسه ، وذلك لا يوجد في الأب.

قال أبو يوسف: إلا أن يقول: لقرابتي (الأقرب فالأقرب ، فيدخل فيه الأب ؛ لأنه جعل الوصية لأقرب الناس إليه ، ومن يتقرب بنفسه أقرب)[٢] ممن يتقرب بغيره.

وقال أبو يوسف: في رجل أوصىٰ بثلث ماله في الصلة ، وله إخوة وأخوات ، وبنو أخ وبنو أخت ، قال: يوضع الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ، ومن وُلِدَ منهم بعد موته لأقل من ستة أشهر ؛ لأن الصلة إنما يراد بها صلة الرحم ، فكأنه نطق بهذا المعنىٰ ، ومن وُلِدَ لأقلَّ من ستة أشهر فقد كان موجودًا يوم الموت ، فدخل فيها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: [إذا أوصىٰ بثلث ماله للبائس والفقير والمسكين ، فهذا في قول أبي حنيفة] الثلث علىٰ ثلاثة أجزاء:

(١) وفي ل (الجنس) في جميع ما يأتي.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.



البائس: وهو الضرير الذي به الزمانة إذا كان محتاجًا.

قال: والفقير: هو المحتاج الذي لا يطوف على الأبواب.

والمسكين: الذي يسأل ويطوف[1].

وقال أبو يوسف: على جزأين: الفقير والمسكين واحد، والبائس واحد، وقد بَيَّنَّا في كتاب الزكاة الفرق بين المسكين والفقير، واختلاف أهل اللغة فيهما، وإذا كان كل واحد منهما غير الآخر، أفرد بسهم غير سهم الآخر.

وأمّا البائس: فهو الفقير الذي به الزمانة، وقد حصل فيه معنى زائد، فيفرق بينهم.

وأما أبو يوسف فقال: إن المسكين والفقير [يشملهما][2] الفقر وإن كان أحدهما أحوج، فصارا جميعًا قسمًا واحدًا.

[وهذا][3] الذي قاله ليس بصحيح؛ لأن الله تعالى أفرد في آية الصدقات الفقراء عن المساكين، وجعل كل واحد منهما نوعًا، فدلّ على [أنّ] أحدهما غير الآخر [٤٠١/ب].

٢٧٧٨ - نَوادِرُ أيضًا

قال ابن سماعة: سمعتُ أبا يوسف قال في رجل قال: أوصيتُ بثلث مالي

(١) وفي ل: الفقير: (الذي يطوف)، والمسكين: (الذي يسأل)، وفي متن القدوري: (الفقير: من له أدنى شيء، والمسكين: من لا شيء له)، وهذا مؤيد لنسخة أ المثبت.

(٢) في أ (سبيلهما) والمثبت من ل.

(٣) في أ (وهو) والمثبت من ل.

لشبان أهل بيتي، أو لكهولهم، أو لمَشْيَخيهم[1]، قال: الشَّبَابُ من خمس عشرة إلىٰ ثلاثين[2] سنة، إلا أن يغلب عليه الشمط[3] قبل ذلك، والكهل: من ثلاثين إلىٰ آخر عمره، والشيخ: من زاد علىٰ الخمسين.

قال ابن سماعة: وقد [كان يقول قبل][4] هذا خلاف هذا، وقال ابن سماعة: سمعته يقول: الكهل: إلىٰ ثلاثين سنة فصاعدًا إلىٰ مائة وأكثر، والشيخ: من أربعين سنة فصاعدًا، والغلام: أقل من خمس عشرة سنة إلىٰ أن يحتلم.

وذكر ابن سماعة قولاً آخر، قال: الكهل: من ثلاثين إلىٰ أربعين، والشيخ: ما زاد علىٰ الخمسين وإن لم يشب، وإذا زاد علىٰ الأربعين وكان شيبه أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر فليس بشيخ، والشاب: إذا احتلم.

وقال عمرو بن أبي عمر عن محمد: الغلام: ما كان [له] أقل من ابن خمس عشرة سنة، والشاب والفتىٰ: من بلغ خمس عشرة سنة وفوق ذلك، والكهل: إذا بلغ أربعين ما بين الخمسين إلىٰ الستين [إلا أن يكون الشيب قد غلب عليه، فيكون شيخًا وإن لم يبلغ الخمسين]، إلا أنه لا يكون كهلاً حتىٰ يبلغ الأربعين، وكذلك لا يكون شيخًا حتىٰ يجاوزها.

وإنما جعلوا الشاب من له خمس عشرة سنة فصاعدًا؛ لأنها عندهما مدة

(١) «الشَّيخ: فوق الكَهْل، وجمعه: شُيُوخ، وشِيْخان ـ بالسكر ـ، وربما قيل: أشياخ، وشِيخة، والشَّيْخُوخة: مصدر شاخ يشيخ، وامرأة شَيْخَة، والمَشْيَخَةُ: اسم جمع للشيخ، وجمعها مشايخ». المصباح (شيخ).

(٢) وذكر المطرزي قولاً آخر: بأن «الشاب: بين الثلاثين إلىٰ الأربعين». المغرب (شبب).

(٣) الشَّمَطُ ـ بفتحتين ـ: بياض شعر الرأس، يخالطه سواده، والرجل أشمط، والمرأة شمطاء، وقوم شُمْطان. انظر: الصحاح (شمط).

(٤) في أ (يكون بقول) والمثبت من أ.

البلوغ، ومن لم يبلغ فهو صبي وغلام، فلا يسمى شاباً.

وأما الشاب: فهو عبارة عن البالغ إلى الثلاثين؛ لأن ما زاد على الثلاثين هو كَهْل، وقد قال الله تعالى في عيسى ويحيى: ﴿وَيُكَلِّمُ ٱلنَّاسَ فِي ٱلْمَهْدِ وَكَهْلًا﴾ [آل عمران: ٤٦]، وقيل: إنه مات وسِنُّه ثلاث وثلاثون سنة، فدل على أن ما زاد على الثلاثين كهل.

ثم جعل أبو يوسف الكهل والشيخ سواء فيما زاد على الخمسين، وجعل الشيخ في الرواية الأخرى ما زاد على الأربعين.

وجعل محمد الكهل ما قبل الستين، وما زاد على ذلك شيخاً، وهذا صحيح؛ لأن الشيخ والكهل يفترقان.

واعتبروا في روايةٍ غَلَبة الشَّيْبِ، فقالوا فيمن غلب عليه الشيب بعد الأربعين: إنه شيخ، وإن لم يغلب عليه الشيب فهو كَهْل، وهذا صحيح في العرف؛ لأن الناس يعتبرون في التسمية غلبة الشيب.

فأما أهل اللغة، فقد قال أبو حاتم: ثم قال بعض القدماء ـ ولم يسمه ـ: وغلام إلى أن يستوفي(١) سبع عشرة سنة، ثم هو شاب إلى أربعة وثلاثين، ثم هو كهل إلى أحد وخمسين، ثم هو شيخ إلى [آخر] عمره.

قال أبو حاتم: إذا حدب(٢) فهو مسن، فإذا ارتفع عن ذلك فهو مجن ومحم.

قال الأصمعي: كان يقال شباب المرأة من خمس عشرة سنة إلى الثلاثين،

---

(١) في ل (يستتم)

(٢) «والحَدَبة: التي في الظهر، وقد حَدِبَ ظهرُهُ فهو حَدِب». الصحاح (حدب).



وفيما بين الثلاثين إلىٰ الأربعين مستمتع، ثم قد ابتسلت، والمعتبر في هذا هو العادة في التسمية.

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل أوصىٰ لفلان ولعَقِب[1] فلان رجل آخر، قال: إن مات الموصي والموصىٰ لعقبه حي، فالوصية لعقبه باطلة، والثلث لفلان الذي أوصىٰ له؛ لأن العقب في قول محمد إنما يكون بعد الموت، فإن مات الموصىٰ لعقبه قبل موت الموصي فالوصية جائزة، ويكون الثلث لفلان ولعقب فلان علىٰ عدد الرؤوس.

وعقب فلان ولده من الذكور والإناث، فإذا لم يكن له وَلَدٌ فولد وَلَدِه الذكور دون الإناث، يعني ولد الإناث؛ لأن ولد ابنه من الذكور والإناث عقب له، فأما ولد بناته فليسوا من عَقِبِه.

والأصل في ذلك: أن العقب عبارة عمّن وجد من الولد بعد موت الإنسان، فأما في حال حياته فليسوا بعقب له؛ لأن العقب ما ثبت بعد غيره، فأما ما وجد معه فلا يقال أنه بعقب.

فإذا مات الموصي، والمُوْصَىٰ له لعقبه باق، فهذا رجل أوصىٰ بثلث ماله لفلان ولعقب غير موجود، فلا تقع به المشاركة، فيبقىٰ الثلث لفلان خاصة، وأمّا إذا كان المُوْصَىٰ لعقبه قد مات قبل المُوْصِيْ، فقد وجد العقب، فصحت المشاركة بهم.

---

(١) «والعَقب ـ بكسر القاف أيضًا وبسكونها للتخفيف ـ: الولد وولد الولد». كما في المصباح؛ وفي المغرب: «عَقِب الرجل: نَسْله، وفي الأجناس: هم أولاد الذكور، وعن بعض الفقهاء: أولاد البنات عَقِب؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَجَعَلَهَا كَلِمَةَۢ بَاقِيَةً فِي عَقِبِهِۦ﴾ [الزخرف: ٢٨].

وإنما قدم ورثة الصُّلْبُ علىٰ ولد الولد؛ لأن الاسم يتناول الأعلىٰ فالأعلىٰ، ألا ترىٰ أن ولد الولد عقب لآبائهم، وآباؤهم عقب [لجدهم][1]، فإن عدم الآباء فالعقب ولد الولد؛ لأن الاسم يتناولهم، وإنما [لم] يدخل ولد البنات في ذلك؛ لأنهم عقب لآبائهم.

وسوّىٰ بين الذكور والإناث؛ لأن الاستحقاق قبل الوصية استحقاق بعقد، فيستوي فيه الذكر والأنثىٰ كالهبة والبيع، وإنما سوىٰ بين الموصىٰ له بالثلث، وبين عقب فلان، وقسم علىٰ رؤوسهم؛ لأن الاسم يتناول جماعتهم، فصار كما لو قال [المُوْصِي]: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وفلان، فيتساوون في الوصية.

ولو قال: أوصيت [بثلث مالي] لفلان ولورثة فلان، فإن مات الموصي قبل أن يموت الموصىٰ لورثته، فإن الوصية لهم باطلة [والثلث لفلان إن مات الموصىٰ لورثته قبل موت الموصي، ثم مات الموصي بعده، فإن] الثلث بين فلان وبين ورثة فلان علىٰ عدد الرؤوس؛ وذلك لأن الورثة لا يتناولهم الاسم إلا بعد موت المورث، وهم كالعقب.

وأما قوله: إن الوصية بينهم علىٰ عدد الرؤوس، فإنما يعني به: أن ورثة فلان يقاسمون الموصىٰ له بالثلث برؤوسهم لمشاركتهم له في الوصية، فما أصابهم من ذلك قسموه بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه لما علق الوصية بالإرث، دل علىٰ أن معنىٰ الإرث معتبر فيها.

وقد فرقوا بين الوصية لبني فلان وورثة فلان، فقالوا: إذا أوصىٰ لبني

(١) في أ (لحيهم) والمثبت من ل.



فلان، فالذكر والأنثىٰ سواء؛ لأن الاستحقاق بعقد يقتضي التساوي، ولو أوصىٰ لورثة فلان، كان علىٰ التفاضل؛ لأن تعليق الوصية باسم الإرث يقتضي اعتبار المواريث.

٢٧٧٩ ـ فَصل: [الوصية لعصبة فلان]

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل أوصىٰ لعصبة فلان، فمات الموصي، والموصىٰ لعصبته حي، فالوصية لعصبته جائزة، وليس هذا كورثته ولعقبه؛ لأن العصبة يتناولهم الاسم في حياة من هم عصبة له كما يتناولهم بعد موته؛ ولهذا يقال: إن أولياء المرأة عصباتها، وإذا تناولهم الاسم، استحقوا الوصية.

فإن كان لفلان ابن وأب [فعصبته] ابنه دون أبيه ودون إخوته وعمومته، فإن لم يكن له أب فإخوته عصبته دون عمومته، وهذا علىٰ ترتيب التعصيب، فالعصبة البنون، ثم الآباء، ثم الأجداد، علىٰ قول أبي حنيفة، ثم الإخوة، ثم الأعمام، لا يكون البعيد عصبة مع القريب.

٢٧٨٠ ـ فَصل: [الوصية لرجل بخدمة عبده]

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة في رجل أوصىٰ لرجل بخدمة عبده، أو سكنىٰ داره، أو بغَلَّة بستانه، ولم يوقت في ذلك [وقتًا]، فإن ذلك جائز، وينظر إلىٰ قيمة الأعيان التي أوصىٰ فيها بذلك، فإن كانت رقابها مقدار الثلث جازت الوصية، ولا يضم إلىٰ ذلك قيمة الغلة، ولا ما يكون منها من ثمره، ولا إلىٰ قيمة الخدمة والسكنىٰ، وإنما الأعيان برقبة كل شيء مما وقعت فيه الوصية دون غلته ومنفعته، فإذا خرج ذلك من الثلث جازت الوصية في جميعه،

[يستغل][1] ذلك ما عاش، ويسكن ما أوصىٰ بسكناه، ويستخدم ما أوصىٰ بخدمته مدة حياته، فإذا مات الموصَىٰ له بذلك بطلت الوصية، وعاد الموصىٰ به [٤٠٢/أ] إلىٰ ملك ورثة الموصي، ولم يكن شيء من ذلك موروثًا عن الموصىٰ له، إلا أن تكون الغلة قد حصل منها شيء قبل موت الموصىٰ له، فإن مات وفي النخل ثمر، أو كان وجب بما يستغل أجر، فهو لورثة الموصىٰ له، وما لم يحصل من ذلك إلا بعد موت الموصىٰ له، فهو لمورث الموصي.

أما جواز الوصية بالسكنىٰ والخدمة والركوب والغلة والثمرة خلاف ما قال ابن أبي ليلىٰ: إن الوصية بالسكنىٰ والخدمة والمنافع لا تجوز؛ فلأن المنافع يجوز أن تستحق بعقد الوقف، وكذلك السكنىٰ، فجاز أن تستحق بالوصية، كالثمرة والولد؛ ولأن الموصىٰ له شريك الوارث [حكما] كما جاز أن يستحق الوارث منافع الأعيان، فكذلك الموصىٰ له؛ ولأن التمليك في حال الحياة يصح في الأعيان، ويصح في المنافع دون الأعيان، فكذلك بعد الموت.

وأما ابن أبي ليلىٰ [فإنه] يقول: إن الملك في المنافع لا ينتقل بالميراث؛ بدلالة الإجارة، فكذلك لا ينتقل بالوصية.

فأما اعتبار خروج الرقاب من الثلث دون المنافع، وإنما كان فلأن الموصي منع الرقاب عن الورثة، فكأنه أوصاها بأعيانها؛ فلأنه لا يجوز أن يحبس عنهم ما زاد علىٰ الثلث إن لم يزل ملكهم عنهم، ألا ترىٰ أنه لو أجل ماله لم [يجز][2] تأجيله إلا في الثلث وإن كان ملكهم باقيًا؛ لأن حبسه عنهم في مدة الأجل

(١) في أ (يستعمل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (يحن) والمثبت من ل.



[لا يجوز]، فكذلك إذا أوصىٰ لمنفعته.

وأما إذا مات الموصىٰ له بطلت الوصية؛ لأن الموصي أوجب الحق للموصىٰ له، ويستحق المنافع علىٰ حكم ملكه، فلو انتقلت إلىٰ ورثته استحقها الوارث ابتداءً من مِلك الموصي، ولم يرض له بشيء، فلا يجوز ذلك.

وأما ما وجد من الثمر قبل الموت أو وجبَ من الأجر، فذلك مال استحقه الموصىٰ له، فيملكه وارثه من جهته لا من جهة الموصي، كما يملك سائر أمواله.

٢٧٨١ - فَصْل: [الوصية بأصواف غنمه وأشعارها]

ولو كان أوصىٰ بثلثي غنمه، أو بأصوافها، أو أولادها، أو أشعارها، ثم مات الموصي، فللموصىٰ له من ذلك ما في ضروع الغنم وبطونها، وما علىٰ ظهرها من الأصواف والأشعار يوم مات الموصي، ولا يكون له غير ذلك مما يحدث بعد موته، فذلك كله لورثة الموصي؛ لأن الموجود أعيان يملكها الموصي، وإنما لا يجوز عقده عليها لما في تسلمها من الحظر والجهالة، وذلك لا يمنع من صحة الوصية.

فأما ما يحدث بعد الموت من اللبن والحمل والشعر، فقال محمد: كان القياس أن يكون كالثمر إذا أوصىٰ بثمرة نخله، فإما أن تبطل الوصية فيها، أو يجوز فيها؛ لأن كل واحد منهما عين معدومة فيه، وهو نماء من ماله، فجريا مجرىٰ واحدًا، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: إذا أوصىٰ بثمرة نخله ولا ثمرة فيها يوم الموت، استحق الموصىٰ له الثمرة التي تحدث، وإذا أوصىٰ بأولاد غنمه وشعورها وألبانها، وليس من ذلك شيء يوم الموت، لم يستحق الموصىٰ له ما



يحدث منها ؛ لأن الثمرة والمنافع يجوز أن تستحق بعقد الوقف ، فجاز أن تستحق بالوصية ؛ لأن كل واحد منهما تصحُ مع الحظر .

فأما الأولاد والألبان والأصواف فلا يجوز أن يستحق بعقد الوقف ، فلم يكن لإجازة الوصي فيها [أصل] لمن جعل الوصية فرعًا له ، [فأبطل][1] الوصية به .

٢٧٨٢ ـ فَصْـل: [الوصية بالثمر أو الغَلَّة للمساكين]

قال [أبو حنيفة]: وإذا أوصى بالثمر أو بالغلة للمساكين ، فالوصية جائزة ؛ وذلك للمساكين أبدًا إذا كانت قيمة ذلك الشيء يخرج من ثلث ماله ؛ لأن المساكين يستحقون الثمرة بعقد الوقف ، فكذلك [بعقد][2] الوصية .

وقال أبو حنيفة: إن أوصى بسكنى داره ، أو بخدمة عبده ، أو بظهر فرسه للمساكين ، فالوصية باطلة ، فإن أوصى لإنسان بعينه جازت الوصية .

وقال أبو يوسف ومحمد: الوصية بذلك جائزة للمساكين .

وجه قول أبي حنيفة: أن إيجاب الحق في منفعة لا يجوز إثباته لغير عين ، أصله الإجارة والعارية ؛ ولأن الموصى له بالسكنى والركوب يلزمه النفقة على الدار والفرس ، فيصير ذلك في حكم [العوض][3] عن المنفعة ، [فالمعاوضة][4] لا تصح مع المجهول .

---

(١) في أ (فأطلق) والمثبت من ل.

(٢) في أ (بعد) والمثبت من ل.

(٣) في أ (المعوض) والمثبت من ل.

(٤) في أ (والمعلوم) والمثبت من ل.



وجه قولهما: قوله ﷺ: **«أما خالد فقد حبس أدرعًا وأفراسًا في سبيل الله»**[1]؛ ولأنه نماء في ماله كالثمرة، فإذا [جازت][2] الوصية بالثمرة لغير عين، فكذلك المنفعة.

قال أبو حنيفة: فإن أوصىٰ بذلك لإنسان بعينه، [فنفقته و][3] كسوته وطعامه وما يصلحه علىٰ الموصىٰ له؛ وذلك لأن المنفرد بالانتفاع دون الورثة، فصار في حكم المالك.

وأما علىٰ قولهما: إذا أوصىٰ بذلك لغير عين فإنه يستغل، فيبرأ من غلته بعلفه وطعامه، فإذا اكتفىٰ سلم إلىٰ الموصىٰ له، وكانت الوصية بالفاضل من غلته، وأجريا ذلك مجرىٰ الوقف، أنه يجب أن يبتدئ بعمارته علىٰ سبيله، وإن لم يذكرها الواقف، فكذلك قالا في الدار إذا أوصىٰ بسكناها، [فانهدمت][4]، أن القاضي يستغلها ويعمرها، ثم إذا استغنت عن العمارة سلّمها إلىٰ الموصىٰ له كما قالوا في الوقف[5].

---

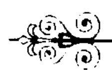
(١) أخرجه البخاري تعليقًا في (باب ما قيل في درع النبي ﷺ) قبل (٧٧٥٨)؛ وأورده ابن حجر في تغليق التعليق، ٣/٤٤٦.

(٢) في أ (كانت) والمثبت من ل.

(٣) في أ (منفعة في) والمثبت من ل.

(٤) في أ (فاسترمت) والمثبت من ل.

(٥) انظر بالتفصيل: كتاب أحكام الأوقاف، للخصاف، ص٣٨ وما بعدها (مكتبة الثقافة الدينية).




بَابُ
إذا أوصى الرجل بثلث مالِهِ أو سدس مالِهِ

[قال]: وإذا أوصىٰ الرجل بثلث ماله، أو بسدسه، فإن ثلث ماله يوم تقع القسمة [بينه وبين](١) الورثة، وما هلك من مال الموصي قبل موته وبعده قبل [القسمة](٢) فلا وصية فيه، فله ثلث ما بقي يوم يقتسمون إذا كان أوصىٰ بالثلث أو بالسدس؛ وذلك لأن الوصية عقد مضاف إلىٰ الموت، فوجب أن يُعتبر سدس ماله أو ثلثه يوم يقع العقد، والعقد يقع عند الموت، فتتعلق(٣) الوصية فيما يملكه في [تلك](٤) الحال، فما هلك [من المال] بعد ذلك هلك علىٰ الحقين؛ لأن المال مشترك بين الموصىٰ له وبين الورثة، فالهالك يهلك علىٰ الحقين.

٢٧٨٣ ـ فَصل: [الوصية بسدس شيء بعينه مما يقسم]

قال: وإن أوصىٰ بسدس شيء بعينه مما يقسم دنانير أو دراهم، أو شيء من الكيل أو الوزن من جنس واحد، أو بقر أو غنم أو إبل، أو ثياب من جنس واحد، فقال: لك ثلث دراهمي أو دنانيري، أو طعامي أو ثيابي، فهلك ثلثا ذلك، وبقي ثلثه، فإن وصيته في الثلث الباقي كله لا ينقص من وصيته شيءٌ.

قال في الجامع الصغير: عند أبي حنيفة في رجل أوصىٰ بثلث ثلاثة دراهم،

(١) في أ (سدس) والمثبت من ل.
(٢) في أ (الوصية) والمثبت من ل.
(٣) في ل (فيتعلق بالوصية).
(٤) في أ (ملك) والمثبت من ل.

فهلك درهمان، وبقي درهم، وذلك الدرهم يخرج من ثلثه، قال: يكون الدرهم كله له.

وكذلك لو أوصىٰ له بثلث ثياب من صنف واحد، فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه، فله الثلث الباقي.

وإن قال: أوصيت له بثلث ثلاثة من الرقيق، فهلك اثنان وبقي واحد، لم يكن له إلا ثلثه، وكذلك الدور المختلفة[1].

وقال في كتاب الأصل: في رجل أوصىٰ بثلث غنمه أو بقره أو إبله، أو طعامه، أو بشيءٍ مما يكال أو يوزن من صنف واحد، [أو] أوصىٰ بثلثه [فاستحق][2] الثلثان من ذلك، أو هلك وبقي الثلث، وله مال كثير يخرج [ذلك] من ثلثه، فإن الثلث الباقي من ذلك كله جائز الوصية.

قال: ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ بثلث هذه [الدار][3]، واستحق الثلثان منها، وبقي الثلث، وهي تخرج من ثلثه، كان جائزًا إذا أوصىٰ بثلث ثلاثة من الرقيق، أو ثلث ثلاثة من الدور، أو ثلث ثلاثة من الدواب، فتختلف أجناسها، فهلك اثنان [٤٠٢/ب] وبقي واحد، وهذا الواحد يخرج من ثلثه، فإنه لا يكون له إلا ثلث هذا الواحد من قِبَلِ أن هذا لا يقسم[4].

والأصل في هذا: أن الوصية إذا تعلقت بثلث شيء يصح قسمته، فهلك

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد)، ص ٦١٦.

(٢) في أ (لم يستحق) والمثبت من ل.

(٣) في النسخ (الجارية) والمثبت من كتاب الأصل، وهو المناسب لسياق العبارة.

(٤) انظر: الأصل ٥/٤٣٥، ٤٣٦.

بعضه وبقي بعضه ، ومقدار الموصىٰ به يخرج من ثلث ما بقي من مال الميت ، فإن الوصية تتعلق بثلث الباقي ؛ وذلك لأن هذا الثلث قد كان يجوز أن يستحقه الموصىٰ له إذا وقعت القسمة بينه وبين الورثة ، فعلم أن الوصية متعلقة به ، وما تعلقت به الوصية إذا كان يخرج من ثلث الباقي من المال نفذت الوصية فيه ، ولم يعتبر هلاك ما هلك منه .

كما لو أوصىٰ بثلث شيء بعينه ، فاستحق ثلثاه .

وليس كذلك إذا أوصىٰ بثلث ثلاثة أشياء لا يقسم بعضها في بعض ، مثل الأجناس المختلفة ؛ لأن الباقي منها لا يجوز أن يستحقه الموصىٰ له بالقسمة ؛ (لأن بعضها لا يقسم في بعض) ، فلم تكن الوصية متعلقة بالباقي ، فلم يجز أن يستحق الموصىٰ له أكثر من ثلثه ، وهذا ظاهر في الأجناس المختلفة .

وأما الرقيق فهو صحيح علىٰ أصل أبي حنيفة ؛ لأن بعضه لا يقسم في بعض ، فالباقي منه لا يجوز أن يستحق الموصىٰ له ، فلم تتعلق الوصية إلا بثلثه ، فكذلك الدور المختلفة .

وأما علىٰ أصل أبي يوسف ومحمد : فالدور تنقسم بعضها في بعض ، [والرقيق يقسم بعضه في بعض] ، فالواجب علىٰ قولهما أن يكون كالثياب والدواب .

ويجوز أن يقولا : إن القسمة إنما تقع في الدور إن كان القاضي يرىٰ ذلك مصلحة ، وإن كان الأصلح قسمة كل واحدة منها علىٰ الانفراد لم يقسم بعضها في بعض ، فضعف معنىٰ القسمة فيها ، وفارقت ما يقسم بكل حال .

فأمّا الرقيق ، فإن كان يقسم عندهما متفاوتة تفاوتًا كثيرًا ، فجرىٰ مجرىٰ الجنسين .



بَابُ
الوَصِيِّ والرَّدِّ

قال أبو الحسن: وإذا أوصىٰ رجل إلىٰ رجل وهو حاضر فقَبِلَ الوصية في حياة الموصي ، ثم مات الموصي فقد لزمته الوصية ، فإن ردّها في حياته في غير وجهه لم يكن ردّه ردًا ، وإن لم يقبل حتىٰ مات الموصي فباع شيئًا من التركة جاز بيعه وقد لزمته الوصية.

والأصل في هذا: أن الوَصِيَّ لا يلزمه الوصية إلا بقبوله ، أو ما يجري مجرىٰ قبوله ؛ لأنه متبرع بالتصرف ، والتبرع لا يلزم الإنسان إلا برضاه ؛ ولأن الوصية في حال الحياة كالوكالة ، فكما لا يلزم الوكيل التصرف بغير رضاه ، فكذلك الموصىٰ له.

وإنما صَحَّ قبول الوصية في حال حياة الموصي ؛ لأن تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصي ، فلو كان الرد والقبول في حال الحياة لا [يتعلق][1] به حكم ، لم يؤمن أن يموت الموصي ، ولو لم تسلم وصيته إلىٰ أحد فيكون في ذلك إضرار به ؛ فلذلك جاز القبول والرد في حال الحياة.

فليس هذا بقبول الوصايا ؛ [لأنه][2] لا يجوز إلا بعد الموت ، فإن قَبِلَ في حال الحياة أو ردّ لم يتعلق [بقبوله] وردّه حكم ؛ وذلك لأن استحقاق الوصية إنما هو لحق الموصىٰ له ، لا لحق الموصىٰ فيه ، فلم يحتج إلىٰ تقديم القبول علىٰ

(١) في أ (يتفق) والمثبت من ل.

(٢) في أ (أنه) والمثبت من ل.



الموت، فوقف على ما بعد الموت.

وأما إذا قَبِلَ الوَصِيُّ في حياة الموصي، ثم ردّ بغير حضرته، لم يكن ذلك ردًا؛ لأنه لما قَبِلَ الوصية فقد سكن الموصي إلى تصرفه، فلو جاز له أن يخرج نفسه من الوصية بغير حضوره كان في ذلك تغرير بالموصي؛ لأنه يموت ولا يوصي إلى أحد، وهذا لا يجوز، كما قالوا في الوكالة: إن الوكيل لا يملك عزل نفسه عنها بغير محضر من الموكِّل.

وأما إذا رَدَّ في وجهه بطلت الوصية؛ لأنه متبرع بقبولها، والمتبرع إن شاء أقام على التبرع، وإن شاء رجع؛ ولأن الإنسان قد يقبل الوصية ظَنًّا منه أنه يقدر على القيام بها، ثم يعلم أنه يعجز عن ذلك، فلو لم يجز له الردّ أدّى إلى الإضرار بالوصي وبالورثة، وهذا لا يصح.

وإنما لا يجوز رده في غير وجهه؛ لما في ذلك من الغرور، وهذا المعنى لا يوجد إذا رد في وجهه.

وأما إذا مات الموصي قَبْلَ القبول، فتصرف الوصي في ذلك كالقبول؛ لأن الوصية تمت من جهة الموصي، وإنما وقفت على حق الوصي، فتصرفه كقبوله.

أصله: البيع المشروط فيه الخيار للمشتري، إذا تصرف قبل الإجازة.

وإذا قَبِلَ الوصي وتصرف بعد الموت ثم أراد أن يخرج نفسه من الوصية، لم يجز ذلك إلا عند الحاكم؛ لأنه التزم القيام بها، فعزله نفسه بغير حضرة الموكل، وأما إذا حضر عند الحاكم، فالحاكم قائم مقام الموصي لعجزه عن استيفاء حقوقه، فصار كالوكيل إذا عزل نفسه بحضرة الموكل، وإنما [جاز][1]

(١) في أ (كان) والمثبت من ل.



للحاكم أن يقبل منه العزل ويقيم غيره مكانه ؛ لأنه متبرع بالتصرف ، وإن شاء بقي علىٰ التبرع ، وإن شاء رجع ؛ ولأنا لو ألزمناه التصرف مع طلبه العزل انقطع عن أموره ، فأَضَرَّ بنفسه ، أو أخل بالنظر في الوصية ، فأَضَرَّ بالميت ، فكان إقامة غيره مقامه أولىٰ .

وقد قالوا: إن الوصي إذا حضر عند القاضي فأخرج نفسه ، نظر القاضي في حاله ، فإن كان مأمونًا قادرًا علىٰ التصرف لم يخرجه ؛ لأنه التزم القيام بالوصية ، وليس في بقائه عليها ضرر في عمله ، فأما إذا عرف عجزه أو كثرة أشغاله ، فإنه يخرجه ؛ لأن في تبقيته ضررًا به أو بالورثة .

٢٧٨٤ ـ فَصْل: [الموصىٰ له لم يقبل الوصية]

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجل أوصىٰ إلىٰ رجل ، والموصىٰ [له] حاضر ، فقال: لا أقبل ، فقال له الموصي: ما كان ظني بك ، إلىٰ من أوصي إذا لم تقبل [وصيتي](١)؟! ، ثم قال: قبلت ، فسكت الموصي ثم مات الموصي ، قال: فهذا ليس بوصي ؛ لأن الإيجاب بطل بالرد ، فقبوله بعد ذلك حصل بغير الإيجاب ، فلا يتعلق به حكم .

٢٧٨٥ ـ فَصْل: [قبول الوَصِيِّ الوصيةَ بغير إيجاب من المُوْصِيْ]

قال: وإن أوصىٰ إليه وهو غائب عنه ، فقال: لا أقبل ، ثم قال: قد قبلت ، ثم مات الموصي ولم يقل شيئًا ، قال: ليس هو بوصي ؛ وذلك لأنه يملك الرد بغير محضر من الموصي ، إذا لم يتقدم ذلك [قبول](٢)، فبطل الإيجاب بالردّ ،

(١) في أ (ونسي) والمثبت من ل .

(٢) في أ (قول) والمثبت من ل .




فلا يَصِحُّ القبول بعد ذلك إلا بالإيجاب.

٢٧٨٦ - فَصْل: [رفض الموصىٰ له الوصية أولاً ثم قبل]

قال في رواية ابن سماعة: وإذا أوصىٰ إليه وهو غائب، فبلغ ذلك الوصي بعد الموت، فقال: لا أقبل، ثم قال: قد قبلت، فهو جائز ما لم يخرجه السلطان من الوصية قبل أن يقول: قد قبلت؛ لأن الوصية قد تمت من جهة الموصي بما لا يلحقه الفسخ من جهته، فلا يبطل بالرد إلا أن يبطلها القاضي، كما لو تمت بالإيجاب والقبول، وإذا لم تبطل جاز أن يرجع إلىٰ القبول، فإذا أخرجه القاضي فقد بطلت الوصية، فإذا قَبِلَ مع بطلان الإيجاب لم يتعلق بقبوله شيء.

وقال في الأصل: إذا قبل الوصية فقد لزمت؛ وذلك لأنها صَحَّت من قبل الموصي، وإنما وقفت علىٰ التزام الوصي، وإذا قَبِلَ [فقد][1] التزم، فتجب الوصية.

قال: فإن لم يقبلها في حياة الموصي حتىٰ مات، فهو بالخيار: إن شاء قبل وكان وصيًّا، وإن شاء ردّ ذلك؛ لأنه متبرع، فالخيار إليه في التزام التصرف أو في رَدِّه[2].

وذكر بعد هذا رواية [٤٠٣/أ] الحسن، وقد ذكرنا وجهها، ثم قال فيها: إذا قَبِلَ في غير وجه الموصي لم يكن له أن يخرج إلا في وجهه؛ وذلك لأن العقد تم بالإيجاب والقبول، فلا يجوز له فسخه بغير علم الموصي، كما لو قبل في وجهه.

(١) في أ (هذا) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥/٤٩٤.

وذكر عن زفر: أنه إذا قَبِلَ الوصية بغير محضر من الموصي ثم ردّها، فردّه صحيح، وليس له أن يقبل بعد ذلك؛ وذلك لأن الموصي إذا لم يعلم بقبوله فليس في إبطاله الوصية تغرير به، فجاز له الرد في غير وجهه، كما يجوز قبل القبول.

وما ذكر بعد هذا من الروايات عن زفر، فقد تكلمنا على وجهها.

قال: وإن لم يعلم القاضي أن له وصيًّا، فنصب له وصيًّا، ثم حضر الوصي فأراد الدخول في الوصية، فله ذلك، وليس هذا الفعل بإخراج من الوصية، ويخرج القاضي عنه الوَصِيَّ الذي نصب؛ وذلك لأن نصب الموصي بوصي آخر لا يخرج الأول من الوصية، فنصب القاضي أولى، وإذا ثبت أن هذا ليس بإبطال للوصية [الأولى][1]، وحكم الوصي الذي نصبه القاضي من الأمانة حكم وصي الميت، وقد انضم إلى وصي الميت اختيار الميت له، فكان أولى.

٢٧٨٧ - فَصْل: [إخراج القاضي الوَصِيَّ من الوصية]

[وليس للقاضي أن يخرج الوصِيّ من الوَصيّة، ولا يُدخل معه غيره إلا أن تظهر منه خيانة، أو يكون فاسقًا معروفًا بالشر، فيخرجه وينصب غيره، فإن كان ثقة وهو ضعيف أدخل معه غيره؛ لأنه إذا كان ثقة عدلاً قادرًا على التصرف، فالقاضي إنما ينصب من هو بمثابته، ممن رضي الميت بتصرفه][2].

وأما إذا كان خائنًا، ففي تبقيته إلحاق ضرر بالميت، والميت لا يقدر على

(١) في أ (أولى) والمثبت من ل.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من ل.



استدراك حقه، فأقيم القاضي مقامه في عزله، فكذلك الفاسق؛ لأنه غير مؤتمن في [مال][1] الميت.

فأما الضعيف فهو مؤتمن؛ إلا أنه لا ينهض بالتصرف، فيضم القاضي [إليه غيره][2] ليستوفي حظ الميت من التصرف [المقصود][3]، ولا يجوز إخراجه؛ لأنه ليس في تبقيته ضرر، وقد رضي الميت برأيه. [والله أعلم][4].

(١) في أ (ملك) والمثبت من ل.
(٢) في أ (الدعوة) والمثبت من ل.
(٣) في أ (المعمول) والمثبت من ل.
(٤) انظر: الأصل ٥/٤٩٤.

بَابُ
الوصيةِ إلى الأوصياءِ

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في الإملاء: في رجل أوصىٰ إلىٰ رجل، ثم أوصىٰ إلىٰ آخر، فهما وصيان جميعًا؛ وذلك لأن الموصي يملك أن يَرجع عن الوصية إلىٰ الأول؛ لأنه أقامه مقام نفسه في التصرف كالوكيل، ويملك أن يشرك معه غيره؛ لأن في الاشتراك تغيير تصرفه، فإذا ملك إبطال تصرفه، ملك تغييرًا.

إذا أوصىٰ إلىٰ آخر ولم يرجع عن الوصية إلىٰ الأول، صار حكم الثاني حكم الأول، فاقتضىٰ ذلك اشتراكهما في الوصية.

قال: فإن قال: إن حدثَ بي حدثٌ من مرضي هذا، أو حدثَ بي حدث من وجهي هذا، فبرئ من ذلك المرض، ورجع من ذلك الوجه، فإن الوصية قد بطلت عن هذا الوصي.

وكذلك كل وصية أوصىٰ بها من صدقة، أو صلةٍ، أو حج، أو عتاق، فإن رجع من ذلك الوجه بطل ذلك، وكذلك إذا برئ من ذلك المرض؛ وذلك لأن الوصية يصح تعليقها بالشروط، فإذا علقها بشرط اختصت به، وبطلت ببطلانه كالوكالة والطلاق، وسائر ما يتعلق بالشروط.

قال: فإن لم يرجع من ذلك الوجه أو لم يبرأ من ذلك المرض، فالوصية جائزة بالذي أوصىٰ به، وإلىٰ من أوصىٰ [به]، فإن حدث بعد ذلك حدث الموت، أو من ذلك الوجهِ، أو قبل شخوصه فهو واحد؛ وذلك لأنه أطلق

الوصية ، فتعلقت بالموت علىٰ عموم أحواله ، فاستوىٰ الموت من ذلك المرض الذي هو فيه ومن غيره.

قال أبو حنيفة: إذا أوصىٰ إلىٰ رجل بدين ، وإلىٰ آخر بأن يعتق عنه ، فهما وصيان في كل شيء.

قال: وإن أوصىٰ بنصيب بعض ولدهِ إلىٰ رجل ، وبنصيب من بقي إلىٰ آخر ، فهما يشتركان في ذلك كله.

وقال أبو يوسف خلاف ذلك ، [فإن] كل واحد منهما وصي علىٰ ما سمّىٰ له ؛ [لأنه] لا يدخل مع الآخر.

إن أوصىٰ بميراثه في بلد إلىٰ رجل ، وبميراثه في بلد آخر إلىٰ رجل آخر ، فهو كمثل ذلك.

وذكر في الباب [الثاني] هذه المسألة ، فقال: في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: كل واحد منهما وصي في الجميع.

وقال محمد: كل واحد منهما وصي فيما جعل إليه خاصة ، وهذا هو المشهور من الخلاف ، وذلك رواية أخرىٰ عن أبي يوسف.

وجه قول أبي حنيفة: المشهور أن الوصي يتصرف من طريق الولاية ؛ بدلالة أنه يتصرف مع انقطاع أمر الموصي ، والولاية لا تنتقض كولاية الأب والجد ، وليس هذا كالوكالة ؛ لأنه تصرف بالأمر ، والأمر خاص ، وعلىٰ هذا ولاية القاضي يجوز أن يختص ؛ لأن ولايته مستفادة من الأمارة ، فهو [ينصرف] مع بقاء أمره




كالوكالة؛ ولأن الوصية تصح بقول الموصي: أوصي لك[1]، وإن لم يبين ما أوصىٰ فيه، فالتعيين بعد ذلك لا يحتاج إليه، فيلغو؛ لأن كل تعيين من العقود لا يحتاج إليه يسقط حكمه، وليس كذلك الوكالة؛ لأنه لو قال: وكلتك، لم يصح حتىٰ يبيّن ما يوكله فيه، فلذلك تعلق بالتعيين فائدة، وعلىٰ هذا ولاية القاضي لا تصح مطلقة، فتتعلق بالتعيين فيها فائدة.

وجه قول محمد: أن الوصي يتصرف من طريق الأمر، فحل محلّ الوكيل؛ ولأنه يستفيد الولاية بالأمر كالحاكم، فكما أن ولاية الحاكم يجوز أن تختص، فكذلك ولاية الوصي.

٢٧٨٨ - فَصْل: [جعل الوصاية لرجل ثم تعليقه بآخر إذا قدم]

قال: ولو أوصىٰ بوصية إلىٰ رجل فقال: إذا قَدِمَ فلان فهو وصيّي دون هذا، فذلك سواء في القولين جميعًا، في قول أبي يوسف: علىٰ ما سمّاه، وفي قول أبي حنيفة: هما مشتركان، قال ﵀: يعني أنه أوصىٰ بعد قدوم فلان وقَبِلَه.

فوجه قول أبي حنيفة: أن التصرف من طريق الولاية فإذا لم يختص بنوع دون نوع لم يصح تخصيصه بزمان دون زمان، وإذا بطل التخصيص كان وصيًّا في جميع الأوقات، وشاركه الآخر في الوصية عند وجود الشرط، وهو القدوم.

وعلىٰ أصل محمد ومذهب أبي يوسف في هذه الرواية: أن التصرف يجوز أن يختص بنوع دون نوع، وكذلك يجوز أن يختص بمدة دون مدة، كتصرف الوكيل.

(١) في ل (أوصيت إليك).



قال: وسمعت أبا يوسف قال: ولو أوصىٰ إلىٰ رجل وكان الميت وصيًا لآخر، فإن أبا حنيفة قال: الآخر وصي لهما جميعًا.

وقال ابن أبي ليلىٰ: هو وصي للآخر دون الأول إلا أن يسمي وصيّة الأول.

وقال أبو يوسف: إذا أوصىٰ إليه في تركته فسماها، أو في عياله فسمّاهم، لم يكن وصيًا للأول، فإذا أوصىٰ إليه في كل شيء فهو وصي للأول.

وجه قول أبي حنيفة: أنه نقل إليه الولاية فيما [يصح](١) النقل فيه، وقد كان يلي علىٰ ولده وعلىٰ ولد الميت الأول، [فانتقل](٢) إليه علىٰ ذلك الوجه، ولا تلزمه الولاية في النكاح؛ لأنها [لا] تنتقل بالنقل، فلا يملكها.

وأما أبو يوسف علىٰ هذه الرواية: فقد جوّز أن تقع الوصيةُ خاصة، فإذا سمّىٰ مالاً بعينه اختصت بتصرف الوصي بذلك دون مال الموصي الأول، فإذا أطلق اقتضىٰ التصرف [في كل ما كان يملكه الميت](٣) التصرف فيه فما يجوز انتقاله انتقل.

وقال ابن أبي ليلىٰ: الوصية تقتضي التصرف في حقوق الموصي، والتصرف في حق الميت الأول ليس من حقوقه، فلا يدخل في إطلاق الوصية حتىٰ [ينص](٤) عليها.

وهذا فرع علىٰ أن الوصي يملك أن يوصي؛ والدليل عليه أن الوصي قائم

(١) في أ (لا يصح) والمثبت من ل.
(٢) في أ (ما ينتقل) والمثبت من ل.
(٣) في ل (من كل مال كان للميت يملك).
(٤) في أ (يتقدم) والمثبت من ل.



في الولاية مقام الأب، فصار كالجد؛ ولأنه تصرف بالولاية على ما قدمنا كالجد.

٢٧٨٩ ـ فَصْل: [التصرف في جعل الوصاية لرجلين فمات أحدهما]

قال أبو حنيفة: إذا أوصى إلى رجلين، فمات أحدهما أو أبى أن يَقْبَلَ، أدخل مكانه وصيًا مع الباقي، وكذلك قال أبو يوسف.

فأما أبو حنيفة: فمن أصله أن أحد الوصيين لا يجوز له أن ينفرد بالتصرف، فلا بد من ضم غيره إليه، وقد عجز الميت عن [٤٠٣/ب] نصب وصي، فقام الحاكم مقامه.

فأما أبو يوسف: فمن أصله أن أحد الوصيين يجوز تصرفه، ولا يحتاج [القاضي] إلى نصب وصي آخر في جواز تصرف هذا الباقي؛ إلا أنه ينصبه؛ لأن الميت أقام مقام نفسه اثنين، ينفرد كل واحد منهما بالتصرف، فكان على القاضي أن يفعل ما اختار الميت أن يفعله في ماله، (وهذا على المشهور من روايته)(١)(٢).



(١) ساقطة من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥/٤٩٢، ٤٩٣.



بَابُ
الرجل يوصي في بعضِ مالهِ

قال [في الأصل]: في رجل أوصىٰ إلىٰ رجل بماله فهو وصيُّهُ في ماله وولده ؛ [لأن الوصية لا تميز] بعض هذا من بعض ، ألا ترىٰ أنه ينفق علىٰ ولده.

قال ﷺ: وهذا ينبغي أن يكون علىٰ قولهم ؛ لأن الوصية في المال إنما هي لحق الولد ، فكأنه قال: أوصيت من مالي وولدي.

قال: وإذا أوصىٰ رجل إلىٰ رجل فقال: فلان وصِيِّي حتىٰ يَقْدم فلان [ثمّ] الوصية إلىٰ فلان ، فهو كما أوصىٰ ، وقد بَيَّنَّا في الباب الأول من مذهب أبي حنيفة أنهما يشتركان في الوصية ؛ وأن الوصية عنده لا تختص بزمان ، وذكرنا في قول أبي يوسف: لأن الأول يخرج من الوصية بقدوم الثاني ، فهذا الذي حكاه في الأصل قول أبي يوسف خاصة.

ويجوز أن يكون قوله: فهو كما أوصىٰ ، يعني: أن الثاني وصيّ ، وإن كان هذا مخالفًا في قول أبي حنيفة ، [لتلك][1] الرواية.

ووجهه: أنه عَزَلَ الوَصِيَّ عن الوصية بشرط قدوم الآخر ، والوصية تجوز أن يتوقت [حكمها][2] ، ألا ترىٰ أنها تَتَوَقَّتُ ببلوغ الولد ، وكذلك يجوز أن يوقتها القدوم.

---

(١) في أ (كذلك) والمثبت من ل.

(٢) في أ (حكما) والمثبت من ل.

٢٧٩٠ ـ فَصْل: [جعل الوصاية لرجل والتقاضي لآخر]

قال: وإذا أوصىٰ بالمال العين إلىٰ رجل، وبتقاضي الدَّيْنِ إلىٰ رجل آخر، فهما وَصِيَّان جميعًا في العين والدين في قول أبي حنيفة، وإذا أوصىٰ ببعض ولده وميراثهم [إلىٰ رجل، وببقيّة](١) ولده ومالهم إلىٰ آخر، فهما وصيّان جميعًا في جميع الولد والمال، استحسن ذلك، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: كلٌّ [واحد منهما] وصي فيما أوصي إليه [به]، وقد بَيَّنَّا هذه المسألة.

٢٧٩١ ـ فَصْل: [حصر الوصاية في التقاضي بالدين]

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمدًا [يقول]: في رجل أوصىٰ إلىٰ رجل فقال: لقد أوصيت إلىٰ فلان بتقاضي ديني ولم أوص إليه بغير ذلك، وأوصيت في جميع مالي حفظه والنفقة علىٰ ورثتي والقيام به فلانًا.

قال أبو حنيفة: هما وصيان جميعًا، [وبذلك] قال أبو يوسف، وهذا صحيح؛ لأن الوصية عندهما إذا لم تتبعض في بعض التصرف، [فلا فرق بين إطلاقها وبين تخصيصها في البعض في جواز التصرف في](٢) غير المذكور، كالعفو عن دم العمد: لما لم يتبعض كان لا فرق بين أن يقول: عفوت عن بعض الدم ـ أو يقول: عن الدم ـ ولم أعف عن الباقي.

قال أبو حنيفة: لا يجوز لواحد منهما [أن يتصرّف](٣) دون صاحبه من شراء

---

(١) في أ (وبنفقة) والمثبت من ل.

(٢) النص في أ: (والفرق بين اختلافهما وبين نفي النص من) والمثبت من ل.

(٣) في أ (شيء) والمثبت من ل.

ولا بيع ولا تقاضي دين [يعني] قبضه، وقال أبو يوسف: يجوز لكل واحد منهما ما صنع من ذلك.

قال ابن رستم: قال محمد: قال أبو حنيفة: يجوز فعل أحد الوصيين في خمسة أشياء: الشراء للكسوة والطعام، وتنفيذ الوصية، وشراء الكفن، وتقاضي الدين، ويكون خصمًا عن الميت، فهذه الخمسة الأشياء يجوز فيها فعله وحده، وهو قول محمد.

وجملة هذا: أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز لأحد الوَصِيَّيْن أن يتصرف دون صاحبه، إلا فيما في تأخيره ضرر، أو [فيما] في اجتماعهما عليه ضرر، أو فيما لا يفتقر إلىٰ الرأي، وهذا كشراء الكفن، وشراء الطعام، والكسوة للصغار، [الخصومة] وتنفيذ وصيته بعينها، وعتق عبد بعينه، وقضاء الدين.

وقال أبو يوسف: لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف.

وجه قولهما: أن الميت رضي برأيهما، ولم يرض برأي أحدهما، ورأي الاثنين مخالف لرأي الواحد، فلم يجز انفراد أحدهما [كالوكيلين][1].

ولا يقال: إن تصرفهما من طريق الولاية؛ لأن الولاية إذا تعلقت بسبب متبعض جاز أن يعتبر فيها الاشتراك، كَوِلَاية المَوْلَيَيْنِ علىٰ تزويج الأمة.

وقد روي عن أبي حنيفة في الابن إذا كان له أبوان: أن أحدهما لا يجوز أن ينفرد بالتصرف دون الآخر، فعلىٰ هذه الرواية قد أجرىٰ تصرف أحد الوصيين مجرىٰ تصرف أحد الأبوين.

---

(١) في أ (الوكيل) والمثبت من ل.



وقال في الرواية الأخرىٰ: يجوز لكل واحد من الأبوين أن ينفرد بالتصرف؛ لأنه يتصرف [بالولاية][1]، وهو أب كامل في حق الولد، والوصي يتصرف بالتفويض، فوجب أن يعتبر الصفة التي فوض إليه.

وأما الكفن والطعام والكسوة؛ فلأن في تأخيرها حتىٰ يحضر الآخر ضرر؛ إذ الموصي قصد بجميعهما الاحتياط، ولم يقصد الإضرار، وكذلك الخصومة؛ لأنهما إذا اجتمعا [فيها] لم يفهم عن واحد منهما، وكان في اجتماعهما ضرر.

وأما تنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، ورَدِّ وديعة؛ فلأنه لا [يفتقر][2] إلىٰ الرأي، واجتماعهما [فيه] إنما يحتاج إليه للرأي.

وأما قضاء الدين؛ فلأن الذي له الدين لو تناوله من مال الميت جاز، [ففعل][3] أحد الوصيين لا يكون بأقلَّ من فعل الغريم.

وجه قول أبي يوسف: أن الوصي يتصرف بالولاية، فهما كالوَلِيَّيْن في النكاح، فينفرد كل واحد منهما بالتصرف، [وأما] إذا مات الرجل ولم يوص إلىٰ أحد وله أب وأولاد صغار، والأب مأمون، فالأب في ذلك بمنزلة الوصي الذي يوصي إليه الأب، فإن مات الجد فأوصىٰ إلىٰ رجل، جاز ذلك، وكان وصي الجد بمنزلة وصي الأب إذا لم يكن للأب وصي.

وقال مالك: لا يملك الجد الولاية في مال الصغير.

لنا: أن الجد [عصبة] بالولاء كالأب؛ ولأنه يجري مجرىٰ الأب من الشفقة

(١) في أ (بالأبوة) والمثبت من ل.
(٢) في أ (يقف) والمثبت من ل.
(٣) في أ (فيقول) والمثبت من ل.



وزوال التُّهَم، فيجري مجراه من الولاية؛ ولأنه لا يحد بوطء جارية ابنه، ولا يقتل بالأب، وإذا ثبت أنه كالأب في باب الولاية، كان وصيه في مكانه[1].

قال: ووصي الأب أولى من الجد؛ لأن وصي الأب انتقلت إليه ولاية الأب، وهي مقدمة على ولاية الجد.

قال: ولو أن رجلاً مات وأوصى إلى وصي، ثم مات للميت ابن كبير [له ولد] ولم يصر وصيُّ الجد وصيًا لهم؛ لأن الميت لم تكن له ولاية على ابنه الكبير، فوصيته بمثابته، فلا يثبت له على ولده ولاية.

قال: ولو مات الابن أولاً وترك أولادًا صغارًا، أو ترك أباه ثم مات أبوه، فأوصى بهم، كان وصيًا لهم؛ لأن موت الابن لمّا تقدم وَلِيَ الجد على ولده، فانتقلت ولايته إلى وصيه.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في الجد يجوز شراؤه من ولد ولده وبيعه منهم، كما يجوز شراء الأب من ولده الصغير وبيعه، [كما يجوز شراء الأب في مال ولده الصغير وبيعه]، وهذا صحيح؛ لأن ولاية الجد ثابتة، وهو غير متّهم في حقه، فصار كالأب[2].

---

(١) في ل (بمثابته كالأب).

(٢) انظر: الأصل ٥/٤٩٦ وما بعدها.

بَابُ
الوصية بخدمةِ العبدِ لرجلٍ وبرقبته لآخر أو بغَلَّةِ بستانهِ لرجلٍ وبرقبته لآخر، أو بثمرتهِ لرجل وبرقبته لآخر

[٤٠٤/أ] قال: وإذا كان لرجل بستان أو عبد أو أمة أو أرض، فأوصى برقبة البستان لرجل، وبثمرته لآخر، أو برقبة الأرض لرجل وبغلتها لآخر، أو أوصى بالعبد لرجل وبخدمته لآخر، فذلك جائز[١].

وكذلك لو كانت له دار فأوصى بسكناها لرجل أو بغلتها أو بخدمة عبده أو بما في بطن جاريته، ولم يوص من الرقبة بشيء، فذلك جائز.

قال ﷺ: الأصل في هذا ما بَيَّنَّا: أن عقد الوصية يجوز أن يتناول الثَّمَرَةَ والمَنْفَعَةَ والغَلَّةَ التي هي بدل المنفعة، فجاز أن يتناول الوصية الرقبة على الأرض على الانفراد، وهذه الأشياء على الانفراد، ألا ترى أنه إذا أوصى بها منفردة انتقل الملك في الرقاب إلى الورثة دون النماء، فإذا أوصى بها على الانفراد، وهذا على الانفراد انتقل إلى المُوْصَى له الرقاب دون النماء، وهو يملك بالموت كالورثة، فيجوز أن ينتقل إليه ما ينتقل إليهم.

وعلى هذا الحمل لما جاز أن ينفرد بالوصية ويملك الورثة الأم دونه، جاز أن يوصي بها لواحد وبالحمل لآخر، فينتقل الملك إلى كل واحد منهما مما أوصى له به.

---

(١) انظر: الأصل ٥/٤٥٩.

وقال ابن أبي ليلىٰ فيما ذكر عنه[1] أبو يوسف: إذا أوصىٰ بسكنىٰ داره لرجل، وليس له مال غيرها، ولم تجز الورثة، أن الوصية باطلة.

وقال أبو حنيفة: الوصية جائزة، ويسكن الموصىٰ له بالسكنىٰ ثلث الدار، وتسكن الورثة الثلثين حتىٰ يموت الموصىٰ له، فيرجع إلىٰ الورثة.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لو عقد علىٰ رقبة الدار جازت الوصية في ثلثها، وكذلك إذا عقد علىٰ منافعها جازت من الثلث؛ لأنه لا يملك إنفاق كل التركة عن ورثته، كما لا يملك الوصية بجميع التركة[2]، وإذا نفذت الوصية في الثلث وجب أن تقع المهايأة بين الورثة وبين الموصىٰ له، والدار علىٰ سكناها لهم جميعًا، فيسكن كل واحد منهم بقدر حقه.

وأما العبد الموصىٰ له بخدمته، فلا يمكن أن يخدمهم في حالة واحدة، فالمهايأة[3] فيه تقع علىٰ الأيام، فيخدم الورثة [يومين] والموصىٰ له يومًا.

وأما ابن أبي ليلىٰ فإنه يقول: إن الوصية لما بطلت في ثلثي المنافع، صارت مشاعة، والإشاعة تؤثر في المنافع كالإجارة.

[قال أبو حنيفة: ليس للورثة أن يبيعوا الثلثين ولا أن يقسموا.

وقال أبو يوسف: لهم أن يبيعوا الثلثين ولهم أن يقسموا، فيعزل لصاحب

(١) في ل (فيما ذكر عن أبي يوسف).
(٢) في ل (المال).
(٣) المُهاياة لغة: المناوبة، وهي عند الفقهاء: «قسمة المنافع علىٰ التعاقب والتناوب»، كما ورد في التعريفات (مهايأة). وذلك: بأن يتواضع المتشاركون علىٰ أمر فيتراضوا به، بمعنىٰ: أن كلًّا منهم يرضىٰ بحالة واحدة ويختارها. وقسم بعضهم المهايأة إلىٰ نوعين: زمانية، ومكانية. انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٤٤٨.

الوصية الثلث.

لأبي حنيفة: أن حق الموصىٰ له متعلق بمنافع الجملة علىٰ الإشاعة، فيمنع ذلك البيع كالإجازة][1].

وأما القسمة؛ فلأنا لو قسمنا لسقط حق الموصىٰ له عن الثلثين، ويجوز أن [يؤخر] الثلث [المفرز] له فيتعلق [حقه] بالباقي، فلا تجوز القسمة.

وجه قول أبي يوسف: أن الوصية لما تعلقت بالثلث، وجب أن [يفرز][2] حق الورثة من الأصل، ليتصرفوا فيه بما شاؤوا، ولا حق للموصىٰ له [فيه]؛ ولأنا لو منعنا البيع [لوقفه][3] جميع التركة علىٰ الورثة، والموصي لا يملك ذلك.

٢٧٩٢ - فَصْل: [القسمة في الوصية بغلة الدار]

قال أبو حنيفة: إذا أوصىٰ بغلة الدار، قاسموه الغلة، وأعطوه ثلثها، ولا أقسم [نفس][4] الدار. وهذا صحيح؛ لأن الغلة أعيان يمكن وقوع القسمة فيها، ولا تحتاج إلىٰ قسمة الأصل، وأما المنافع فلا يمكن القسمة فيها، فلا بد من تمييز الأصل بالمهايأة.

وقال أبو يوسف: أقسم الدار وأدفع إلىٰ الموصىٰ له بالغلة الثلث منها مستغلة، حتىٰ لا يقف جميع التركة علىٰ الورثة.

قال أبو الحسن: وقول محمد مثل قول أبي يوسف.

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ والمثبت من ل.
(٢) في أ (يعرف) والمثبت من ل.
(٣) في أ (لوقعت) والمثبت من ل.
(٤) في أ (لغير) والمثبت من ل.

ولو أوصىٰ بخدمة العبد، ولا مال له غيره، خدم الوَرَثَةَ يومين والمُوْصَىٰ له يومًا؛ لما بَيَّنَّا أن القسمة لا يمكن في العبد إلا علىٰ هذا الوجه، لاستحالة أن يفعل الخدمتين في زمان واحد.

ولو أوصىٰ بغلة العبد: اقتسموا الغلة؛ لأنها أعيان يمكن إيقاع القسمة عليها، ولا يحتاج إلىٰ قسمة الأصل.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز لهم بيع ثلثي العبد لتعلق حق الموصىٰ له بمنافعه.

وقال أبو يوسف ومحمد: لهم ذلك؛ لأنه[١] يجوز إبقاء جميع التركة عليهم.

قال: ومن أوصَىٰ له بغَلَّة داره، أو أرضه، أو بخدمة عبده، فنفقة العبد علىٰ الموصىٰ له بمنافعه، وعليه النفقة وجميع ما يصلح الدار والأرض، وليس علىٰ صاحب الرقبة من ذلك شيء.

قال رحمه الله تعالىٰ: لأن صاحب الرقبة ممنوع من الانتفاع بها بغير الدار[٢]، فلا يلزمه النفقة، كما لا يلزم الزوج نفقة المرأة الناشزة، وليس هذا كالمؤجر والراهن؛ لأنهما منعا من الانتفاع بإيجابهما، فلم يسقط ذلك النفقة عنهما؛ ولأن حبس المستأجر لمنفعة المؤجر هو سلامة الأجرة، وقبض المرتهن لحق الراهن؛ لأن الدين سقط عنه بالهلاك، وأما صاحب المنفعة فإنه [لا] يستحق منافع العين بغير عوض، فكانت النفقة عليه كالزوج.

٢٧٩٣ـ فَصل: [الوصية بسعف النخل]

قال أبو يوسف: ولو أوصىٰ بسعف نخل له لفلان، أجزت ذلك، وقطعت السعف.

---

(١) في ل (لا يجوز).

(٢) في ل (بغير إيجابه).



ولو أوصىٰ لرجل برِجْل شاة أبطلت ذلك؛ وذلك لأن السعف يجوز استحقاقه بعقد البيع، فجاز استحقاقه بعقد الوصية، ورِجْل الشاة لا يجوز استحقاقها بعقد من العقود[1]، فلا يجوز استحقاقها بالوصية؛ ولأن تسليم السعف ممكن، [وتسليم][2] عضو من الحيوان متعذر.

٢٧٩٤ـ فَصْل: [العبرة في الوصية إطلاق الاسم في العرف]

قال: ولو أوصىٰ بغلة أمته لم يكن للموصىٰ له من ولدها شيء، ولو أوصىٰ له بغلة نخله كان له الثمرة؛ لأن المعتبر إطلاق الاسم في العرف، وغلة الدار والعبد اسم لبدل منافعها، وغلة الأراضي والنخل والشجر عبارة عن ثمارها وزروعها، وغلة الجارية عبارة عن بدل منافعها، فأما الولد فالاسم لا يتناوله، فوجب أن يحمل الاسم علىٰ مقتضاه، وقد قال ﷺ: «**الخراج بالضمان**[3]، **والغلة بالضمان**» ففهم من هذا المنافع وبدلها، ولم يفهم منه الولد.

قال: ولو أوصىٰ بثمرة بستانه، وفيه ثمرة، فله الثمرة الموجودة يوم الموت، وليس له ما يحدث بعدها؛ لأن الثمرة في الحقيقة اسم الموجود، والمعدوم يتناول الاسم علىٰ سبيل المجاز، فإذا تناول الاسم الحقيقة لم يجز أن يتناول المجاز.

وأما إذا لم يكن في البستان ثمرة يوم الموت، فله المستقبل[4]؛ لأن الحقيقة قد سقط اعتبارها، فوجب حمل الوصية علىٰ المجاز، وليس سَنَة أولىٰ

(١) في ل (وأعضاء الشاة لا تستحق).
(٢) في أ (وتقسيم) والمثبت من ل.
(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١٠) وقال: «إسناد ليس بذاك»؛ والترمذي (١٢٨٥) وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي في (الكبرىٰ) (٦٠٨١)؛ وابن ماجه (٢٢٤٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/٣٢١.
(٤) في ل (ما يحدث أبدًا).

من سَنَة ، فحمل على عموم السِّنِيْن .

وليس هذا كالوصية بغلة البستان إذا كان فيه ثمرة عند الموت ، أن الوصية تتناول الموجود وما يحدث أبدًا ؛ لأن اسم الغلة تتناول الأعيان ، وما يوجد في الثاني على طريق الحقيقة ، فوجب حمل الاسم على جميع ذلك .

٢٧٩٥ـ فَصْـل: [الوصية بثمرة البستان ولا مال له غيره]

قال: وإن أوصى بثمرة بستانه ولا مال له غيره ، فللموصى له ثلث الثمرة ؛ لأنه لا يملك إيجاب الحق في أكثر من ثلث ماله ، والثمرة غير موجودة يمكن القسمة فيها ، فاستحق ثلث كل ما يوجد منها .

قال: وإن مات الموصى له بعدما أثمر النخل فجميعه للورثة ؛ لأنه ملك بظهورها ، ومن ملك عينًا من الأعيان بالوصية ، انتقل الملك فيها إلى الورثة .

وأما إن مات قبل أن تثمر فقد بطلت الوصية ؛ لأن الموصي لم يوجب الحق من ذلك إلا للميت ، فلو بقيت الوصية لاستحقها [٤٠٤/ب] ورثته من ملك الموصي ابتداءً ، وهو لم يوجب لهم الحق فيها .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل أوصى بخاتم لرجل ، ولآخر بفَصِّه ، فالحلقة لصاحب الوصية بالخاتم ، والفَصُّ للآخر ، ولا يشتركان ؛ لأن الخاتم اسم للحلقة ، وإنما يدخل الفَصُّ في الوصية إذا أطلقها على طريق التبع ، فإذا أفرد [الفصَّ][(١)] بوصية أخرى ؛ خرج من أن يكون تابعًا ، فاستحقه الموصى [له] الثاني دون الأول .

(١) في أ (الوصية) والمثبت من ل .



[وعند محمد: كل شيء يحتمل الاستثناء للورثة، جاز المتبوع للذي أوصى به، والتبع بينهما نصفان، يعني: في الخاتم والفصّ، والجارية والنخل، والدار والبناء، إذا كانت منفصلة بالوصية ونحوها، وما لا يحتمل الاستثناء، فلكل واحدٍ ما أوصى، مثل العبد والخدمة، والدار والسكنى.

لمحمد: أنه أوصى بالأصل لرجل، وفرعه مما يجوز استثناؤه للورثة ولم يستثن، صار كأنه [أوصى][1] بالفرع له أيضًا باللفظ، فلما أوصى بالبناء لآخر، فقد اجتمعت في البناء وصيّتان، فيجعل بينهما نصفان، بخلاف الغَلَّة والخدمة، فإذا أوصى بالعبد لرجل وبالخدمة لآخر، وهذا مما لا يجوز استثناؤه للورثة، فيكون الكل لصاحب الأصل، فإذا أوصى بالخدمة لآخر، فقد وجد أحد آخر منها وصية في ذلك الشيء باللفظ، فيكون لكل واحد منهما ما أوصى به خاصة، هذا [ما] ذكر محمد في الزيادات، ولم يذكر قول محمد في هذا الكتاب.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وقول محمد ليس من أصل هذا الكتاب]، وهذا كالوصية برقبة عبد لرجل، وبخدمته لآخر، صاحب الرقبة لا [يتناول][2] صاحب الخدمة؛ لأن اسم العبد لا يتناول المنافع، وإنما يملك الموصى له المنافع بحكم ملك الأصل تبعًا، فإذا أفردت المنافع بالوصية لم يستحقها صاحب الرقبة.

وعلى هذا، لو أوصى لرجل بأَمَتِه، وبما في بطنها لآخر؛ لأن اسم الأَمَة لا يتناول الحمل، وإنما يستحق الحمل بإطلاق الوصية على طريق التبع، فإذا أفرده بوصية أخرى، فإفراده صحيح، فلم يقع فيه مشاركة.

---

(١) بهذه الزيادة تستقيم العبارة.

(٢) في الأصل (يتبادل) ولعلها حرفت من الناسخ.

٢٧٩٦ ـ فَصْل: [الرجوع في الوصية]

ولو أوصى بعبد، ثم مكث يومًا، فقال: قد أوصيت بخدمته لفلان، فهو رجوع في الخدمة، وهو بمنزلة قوله: العبد لفلان وصية، وخدمته لفلان.

وكذلك الخاتم والحامل؛ لأنّ الموصي يملك الرجوع عن [جميع] وصيته، فيملك [الرجوع] عن بعض ما اشتملت عليه، فإذا أوصى بالعبد، ثم أوصى بمنافعه، كان ذلك رجوعًا عما يستحقه الموصى له الأول بحكم ملكه.

قال: ولو أوصى لصاحب الخدمة، ولصاحب الفصّ، ولصاحب الولد بالأمة، فقد أوصى بولدها له، وأوصى لصاحب الفص بالخاتم بعد ذلك، وأوصى لصاحب الخدمة بالعبد بعدما أوصى له بالخدمة، فإن العبد بين هذين نصفان، فلهذا نصف خدمته، ولهذا نصف خدمته، [وكذلك الأم الحامل هي وولدها بينهما نصفان؛ لأنه لما أوصى لأحدهما بالرقبة، اقتضت وصيّته الرقبة بتوابعها، فلما أوصى للآخر بالتبع، ثم أوصى له بالأصل، صار كأنه أوصى لكل واحد منهما بالعبد منافعه، فيتساويان في الوصية]؛ وذلك لأنه لما ابتدأ الإيجاب في الخدمة والولد [ثم أوصى لآخر][1] بالأصل مطلقًا، فنصيب الوصية الثانية الأصل والنماء، فصار النماء موصى لهما به، فيكون بينهما، فصارت الرقبة لصاحب الرقبة خاصة، ومنافعها وولدها بينهما نصفين.

٢٧٩٧ ـ فَصْل: [الوصية بالعبد لرجل وبخدمته لآخر]

قال أبو يوسف: إذا أوصى بالعبد لرجل، وبخدمته لآخر في كلام متصل،

(١) في أ (ممن أوصى من بعد) والمثبت من ل.




أو منقطع، وهو يخرج من ثُلُثه، فالخدمة لصاحب الخدمة، والرقبة لصاحب الرقبة، فكذلك الدار والسُّكْنَىٰ، والخَاتَمُ والفَصُّ، والشَّاةُ والصُّوْف، والعَبْد والغَلَّةُ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف، والسيف والحمائل مثل ذلك، والدار والبناء مثل ذلك، والبستان والثمر مثل ذلك، والأرض والنخل مثل ذلك، وكل شيء يشبه هذا مما لا يكون الاسم في الوصية تامًا، فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء، وهذا على ما بَيَّنَّا.

٢٧٩٨ - فَصْل: [الوصية بالدار لرجل وببيت منها لآخر]

قال: ولو أوصىٰ لرجل بالدار، وأوصىٰ منها ببيت بعينه لرجل بالحصص، وكذلك لو أوصىٰ بألف لرجل بعينها، وأوصىٰ بمائة منها لآخر، كان تسعمائة لصاحب الألف، والمائة بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة.

وأما قول أبي يوسف: فعلىٰ أحد وعشرين سهمًا، لصاحب المائة جزء من أحد عشر في المائة، ولصاحب الألف عشرة أجزاء في جميع الألف، وكذلك الدار والبيت.

قال رحمه الله: وذلك لأن الدار اسم لجميع البيوت، فالوصية الأولىٰ تناولت البيوت من طريق الصريح، فإذا أوصىٰ به للثاني؛ فكل واحد منهما موصىٰ له به بصريح الوصية، فاشتركا فيه، وكذلك الألف عبارة عن كل مائة منها بالصريح، فالمائة موصىٰ له بها لصاحب الألف ولصاحب المائة، فكانت بينهما.

فأما الخلاف في كيفية القسمة؛ فلأن عند أبي حنيفة من لا يدلي بسبب صحيح لا يضرب إلا بقدر ما يستحقه بالمزاحمة.

وعندهما: أن كل واحد منهما يضرب بجميع حقه، فيضرب هذا بكل الألف، وهذا بسهم منها، فيكون علىٰ أَحَد عشر.

قال: ولو أوصىٰ ببيت بعينه لرجل، وببنيانه لآخر، كان بينهما بالحصص، [يعني][1]: البناء؛ لأن البيت لا يسمىٰ بيتًا إلا بالبناء، فوصية الأول قد تناولت البناء بالصريح، فتناول الموصىٰ له بالبناء.

وليس هذا كما لو أوصىٰ بالدار للأول، وللآخر ببنائها، أنهما لا يشتركان في البناء؛ لأن الدار اسم للعرصة، فلم تتناول وصية صاحب الدار البناء من طريق الصريح، فكان للأول العَرْصَةُ، وللثاني البناء.

قال: وليس للأول منه شيء كفص الخاتم.

٢٧٩٩ـ فَصْل: [الوصية بالعبد لرجل ثم بالخدمة والرقبة لآخر]

قال: ولو أوصىٰ لرجل بعبد، وأوصىٰ بخدمته لآخر، ثم أوصىٰ لصاحب الخدمة برقبته أيضًا، فإنهما يقتسمان العبد نصفين إذا خرج من الثلث، والخدمة باطلة؛ وذلك لأن الموصىٰ [له] بالخدمة إنما كان ينفرد عن صاحب الرقبة؛ لأن كل واحد منهما موصىٰ له بما لا يتناوله إطلاق الوصية للآخر، فإذا ضمّ إلىٰ صاحب الخدمة بالرقبة، صارت المنافع تابعة لوصيته، فسقط حكمها، فكأنه أوصىٰ لكل واحد منهما بالرقبة.

٢٨٠٠ـ [فَصْل: الوصية بالعبد لرجل وبالخدمة ثم بالرقبة لآخر]

ولو كان أوصىٰ للثاني بنصف العبد، قسم العبد بينهما أثلاثًا، وكان للثاني

(١) في أ (بغير) والمثبت من ل.



نصف الخدمة؛ لأنه لما أوصىٰ بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف؛ لأنها تبعت الرقبة[1]، وبقيت الوصية في النصف الآخر بحالها.

قال ابن سماعة: ثم رجع أبو يوسف عن هذا فيما ذكر لي، فقال: إذا أوصىٰ بالعبد لرجل، وأوصىٰ بخدمته لآخر، ثم أوصىٰ برقبة العبد، أيضًا لصاحب الخدمة، فإن العبد [بينهما]، والخدمة كلها للموصىٰ له بالخدمة؛ لأن كل واحد منهما لما صَحَّ إفراده بالوصية، فالموصىٰ له الثاني موصىٰ له بالرقبة وبالخدمة علىٰ الانفراد، فإفراد الخدمة يقتضي خروجها من وصية الأول، فيستحق الثاني نصف العبد؛ لمساواته في الوصية، وانفرد بالخدمة فيستحقها.

قال: ولو أوصىٰ بما في بطن جاريته لرجل، وأوصىٰ بالخادم بعد ذلك لآخر، فالخادم لهذا، والولد لهذا، [علىٰ ما بَيَّنَّا: أن اسم الأمة لا يتناول الحمل، وإنما يستحق علىٰ وجه] التبع، فإذا أفرده بالوصية لم يستحقه صاحب الرقبة.

٢٨٠١ـ فَصْل: [الوصية بالأمة لرجل ولآخر بما في بطنها]

قال: ولو أوصىٰ لرجل بأمة تخرج من الثلث، وأوصىٰ لآخر بما في بطنها، وأوصىٰ بها أيضًا للذي أوصىٰ له بما في البطن، قال أبو عبد الله: روي عنه [أنه] قال: الأمة بينهما نصفان، والولد [كله] للذي أوصىٰ له به خاصة، لا يشركه صاحبه فيه؛ وذلك لما بَيَّنَّا أن المساواة حصلت في الرقبة بينهما، وانفرد صاحب الولد بالوصية به فيما تساويا فيه بينهما، وما أفرد لأحدهما يختص به. [والله أعلم][2].

---

(١) في ل (الوصية).

(٢) انظر: الأصل ٥/٤٥٧، ٤٥٩، ٤٦١.

بَابُ
الوصية لبني فلانٍ وولدِ فلانٍ

قال أبو الحسن: وإذا أوصىٰ رجل بثلث ماله لبني تميم، أو لقبيلة لا يحصىٰ عددهم، فكل وصيّة يدخل فيها الغني والفقير، فإنها تبطل إذا كان عددهم لا يحصىٰ، وإن كان إنما تقع الوصية لفقرائهم، أو علىٰ وجه القربة لهم، فإن ذلك جائز [٤٠٥/أ] خصّت القبيلة أو لم تخصّ.

مثل أن يقول: ثلث مالي لفقراء بني فلان، فإن قال: ليتامىٰ بني فلان، أو لأرامل بني فلان، فإن ذلك الضرب يحصون، فالوصية لأغنيائهم وفقرائهم.

وقد بَيَّنَّا هذه الجملة فيما سلف، وذكرنا أن الوصية إذا لم [يقصد][1] بها القربة فهي حق لآدمي، وحقوق الآدميين لا تثبت لغير معين.

فإذا أوصىٰ لقبيلة يحصون جازت الوصية؛ لأن الموصىٰ له معلوم، والتسليم إليه ممكن، وأما إذا كانوا لا يحصون، دخل في الوصية، الأغنياء والفقراء، فيثبت حق الآدمي غير معين، فلم يصح ثبوته لتعذر التسليم إليهم.

فإذا قال[2]: لفقراء بني تميم، فالوصية جائزة؛ لأن المقصود بها الله تعالىٰ، وهو معلوم، والفقراء جهة الصرف؛ فجهالتهم لا تؤثر إذا كان المستحق معينًا؛ ولأن الوصية في مسألتنا لا يجب أن تستغرق كل الأنواع، ألا ترىٰ أن الجنس إذا لم يمكن استيفاؤه تعلق الحكم ببعضه، كقوله: لا أتزوج النساء، وكذلك قوله

(١) في أ (الوصف) والمثبت من ل.
(٢) في ل (فأما إذا كانت).



تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ﴾ [التوبة، ٦٠]، ففهم أنه لا يجب دفعها إلىٰ جميعهم، وإنما يدفع إلىٰ بعضهم، فالخيار إلىٰ المتصدق، فكذلك في الوصية يدفع إلىٰ بعض الفقراء، والاختيار في تعيينهم إلىٰ الوصي، فأمكن التسليم، فجازت الوصية.

وأما إذا ذكر صفة تصلح للغني والفقير، وقد تستعمل في العادة في الفقراء، فإن أضافها إلىٰ من يحصىٰ دخل فيها الغني والفقير، مثل الوصية ليتامىٰ بني فلان، ولأراملهم، ولِزَمْناهم؛ لأن هذا الاسم يصلح للغني والفقير، وقد أمكن استغراقهم، فحمل اللفظ علىٰ عمومه فيهم.

وإن كانوا لا يحصون، فالوصية لفقرائهم؛ لأن هذا اللفظ في العادة يذكر في الفقراء، بدلالة قوله تعالىٰ في آية الخمس: ﴿وَٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾[1]، [الأنفال: ٤١] وأجمعوا أن المراد به الفقراء منهم دون الأغنياء.

وقد روي «**أن النبي ﷺ ابتاع سلعة فربح فيها قبل أن يدفع ثمنها، فتصدق بذلك علىٰ أرامل بني عبد المطلب**»[2]، ومعلوم أن هذا الجنس [إنما] يقصد به الفقراء، فدل علىٰ أن الاسم مستعمل في الفقير وإن كان يصلح للغني.

ولو حملنا الوصية فيمن لا تحصىٰ من الغني والفقير لبطلت، وإذا حملناها علىٰ الفقير الذي جرت العادة باستعمال الاسم فيه صحّت، ومقصود الموصي تصحيح الوصية، فكان ذلك أولىٰ من إبطالها.

(١) وذلك في قوله تعالىٰ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١].

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٤٤)؛ ورواه الطبراني في الكبير، ٢٨٢/١١؛ وقال الهيثمي: «ورجاله ثقات»، مجمع الزوائد، ١١٠/٤.

بَابُ
الوصية لمن لا يُحصى عددُهم أو يُحصى

قال أبو الحسن: قال أصحابنا: كل وصيّة يُحصىٰ عدد أهلها فإنها جائزة، وهي بينهم بالسوية علىٰ عدد رؤوسهم، لا يفضل أحد علىٰ الآخر فيما يستحقه فيها، والذكر والأنثىٰ فيها سواء، ويدخل [فيها] الغني والفقير.

وذلك لأن الحق يجوز إثباته لآدمي معين؛ لأن التسليم إليه ممكن، فإذا كانوا يحصون فالاسم يتناول الغني منهم والفقير، وإثبات الوصية لجميعهم لا يبطلها، فصحت الوصية لهم، وتساووا فيها؛ لأنه استحقاق بالعقد، فاستوىٰ فيه الذكر والأنثىٰ كعقد البيع.

ويدخل فيها الغني والفقير؛ لأن دخول الغني فيها لا يفسدها.

قال: وإذا كان عددهم لا يُحصىٰ، فهم علىٰ وجوه ثلاثة:

إذا كانت الوصية لا يدخل فيها غني ولا يدخل فيها إلا أهل الحاجة والمسكنة والفقر، فإنها جائزة وإن كانوا لا يحصون، ويجعل الوصي الوصية فيمن قدر عليه منهم، فإن جعلها في واحد، فما زاد جاز عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يجوز أن يعطي إلا اثنين منهم فصاعدًا، ولا يجوز أن يعطي واحدًا إلا نصف الوصية، وقالا: جميعًا، وأن يعطي من قدر عليه منهم أفضل.

قال رحمه الله: وهذا مثل قوله لفقراء بني تميم، فالوصية جائزة، لما قدمّنا أنها



ثبتت لحق الله تعالىٰ ، وهو معين ، فجهالة الجهة المصروفة إليها لا تؤثر فيها ، وإنما جاز الدفع إلىٰ واحد عند أبي يوسف ؛ لأن الجنس لا يمكن استغراقه ، فيحمل علىٰ أدناه ، كمن قال: لا أتزوج النساء .

وأما محمد فقال: إن اسم الجميع في المواريث يثبت عبارة عن الاثنين فصاعداً ، فالوصايا معتبرة بالمواريث ، فلم يحمل الجمع فيها علىٰ أقل من الاثنين ، وإنما يوقف ذلك علىٰ اختيار الموصي ؛ لأنه هو الذي يجب عليه النفقة فكان الاختيار إليه ، كما يقف تعيين الفقراء في الزكاة علىٰ اختيار المُزَكِّيْن .

وإنما كان الدفع إلىٰ الجماعة أفضل منه إلىٰ الواحد والاثنين في قولهم ؛ لأنه قصد بالوصية إيصال المنفعة إليهم ، فإذا وصلت إلىٰ الجماعة فهو أقرب من [جميع الجنس][1] وأكثر [إلىٰ] الانتفاع .

قال: وإن [كان] لفظ الوصية يقع للفقير والغني ، ولا يخص به أحدهما دون الآخر ، فهي باطلة ، وهذا مثل قوله: لشبان بني تميم ؛ وذلك لأنها تثبت لحق الآدمي ، والحق لا يثبت لآدمي غير معيّن ، ولأن تنفيذها متعذر ، لتعذر التسليم .

قال: وإن كان اللفظ يقع للغني والفقير ، وقد يستعمل ذلك اللفظ في أهل [الحاجة][2] دون أهل الغنىٰ ، فإنك تعتبر الموصىٰ لهم ، فإن كانوا يحصون كانت الوصية لهم جميعاً ، الفقير والغني سواء فيها .

وإن كانوا لا يحصون جعلت الوصية في [أهل] الحاجة ، فيعطي الوصي من شاء منهم ، كقوله: ليتامىٰ بني تميم ، ولزَمْنَىٰ بني تميم ، فإن كانوا يحصون

---

(١) في أ (الجمع الإنس) والمثبت من ل .

(٢) في الأصل (الجماعة) والمثبت يدل عليه السياق .



فالاسم يقع على الفقير والغني، والوصية لهم جائزة جميعًا، فلا يحتاج إلى التخصيص.

فإن كانوا لا يحصون، فهذا الاسم يذكر في الغالب ويراد به أهل الحاجة، بدلالة أن الله تعالى ذكر اليتامى في آية الخمس وأراد الفقراء منهم، فوجب تخصيص الوصية [وحملها][1] على الفقراء خاصة، إذا كان الاسم قد يستعمل فيهم، والذكر والأنثى في جميع ذلك سواء؛ لأن الاستحقاق بالعقد لا يفضل فيه الذكر على الأنثى كالاستحقاق بالبيع.

وإذا قال: [لفقراء بني فلان][2]، وبنو فلان أولئك قبيلة لا تحصى، دخل مواليهم في الوصية، موالي الموالاة الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم، ومولى العَتاقة وحلفاؤهم، أعدادهم معهم.

وإن كان أوصى لبني فلان، وهم بنو[3] نسب، وليسوا بقبيلة ولا فخذ، كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة، دون الموالي، ودون الحلفاء؛ وذلك لأنه إذا ذكرت القبيلة، فمن لا يحصى فالمراد بها النسب، وذلك يوجد في الموالي والصلب، فيحمل على الأمرين.

وإذا ذكر البنوة فيمن يحصى، فإنما يراد به الولادة، فاختص ذلك بالصلب دون الموالي[4].

---

(١) في أ (بأن حمل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (لبني فلان لفقرائهم) والمثبت من ل.

(٣) في ل (وهم موالي).

(٤) انظر: الأصل ٥/٤٣٠، ٤٣١.



بَابُ
الوصية لبني أب رجلٍ من الناس يعرفُ

قال بشر عن أبي يوسف في رجل أوصى بثُلُثِهِ لِبني [فلان] رجل من الناس يُعرف، فإن أبا حنيفة قال في ذلك: هو لولده جميعًا [٤٠٥/ب]، الذكر والأنثى فيه سواء، ثم رجع عن ذلك وقال: هذا للذكور دون الإناث.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو للذكور والإناث جميعًا.

وجه قول أبي حنيفة: أن الابنة لا يتناولها اسم الابن على الحقيقة، وإنما يتناول الاسم الذكور والإناث على المجاز، ومن حكم اللفظ أن يحمل على حقيقته، ولا يحمل على مجازه إلا بدليل.

وليس كذلك إذا كان فلان من قبيلة أو فخذ؛ لأن النسبة إليه لا يقصد بها الأعيان، وإنما يقصد بها الأنساب، وهذا موجود في الذكر والأنثى، ولهذا المعنى يتناول الاسم الإناث منهم وإن لم يكن معهنّ ذكر، ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف بتناول [التي] لا ذكر معهنّ.

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن الذكور إذا اجتمعوا مع الإناث غلب [عليهم] اسم الذكور، ويتناولهم الاسم جميعًا وإن كان لا يتناولهم في حال الانفراد، فوجب أن يحمل على جميعهم.

قال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إن لم يكن لفلان ولد لصلبه، فإنه يعطى ولد ولده الذين من قِبَلِ الرجال، ولا يعطى ولد ولده من قِبَلِ البنات.



وقال [أبو يوسف ومحمد]: لا يشرك في هذا النساء مع الرجال، إنما هو للرجال دون النساء.

وإن قال: لولد فلان، اشترك فيه الرجال والنساء؛ وذلك لأن اسم الولد يتناول ولد الصلب حقيقة، وولد الولد مجازًا، فإذا لم يمكن حمل الاسم على الحقيقة لعدم ولد الصلب، حمل على المجاز، فاستحق الوصية ولد الولد.

وأما ولد البنات فلا يدخل في الوصية عند أبي حنيفة.

وذكر الخصاف عن محمد: أن ولد البنات يدخلون فيه كولد البنين[1].

وقال في السِّيَر الكبير: إذا أخذ الأمان لنفسه وولده لم يدخل فيه ولد البنات.

وجه الرواية الأولى، وهي رواية بشر: أن ولد البنات يُنْسَبُوْنَ إلى آبائهم، [فلم يضافوا إلى أب أم، فلا يدخلون][2] في الوصية، وقد دلّ على ذلك قوله تعالى: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠]، ولو كان ولد البنات ينسبون إلى جدهم لكان رسول الله ﷺ أباهم.

وجه الرواية الأخرى: أن الولد ينسب إلى أبويه، فهو ابن لأبيه وابن لأمه حقيقة، وابن لجديه على وجه المجاز، فإذا نسب إلى أب أبيه، فإنه ابنه، وكذلك إلى أب أمه؛ ولأن عيسى عليه السلام يقال إنه من بني آدم وإن كان [لا] ينسب إليه إلا لِمِنْ أمه، فدل على أن ولد البنات يدخلون في اسم البنين.

فأما إذا أوصى لولد فلان: الأنثى والذكر فيه سواء في قولهم؛ لأن كل واحد

---

(١) كتاب أحكام الأوقاف للخصاف، ص ٢٨. (الثقافة الدينية).

(٢) في أ (ولم يصح إلى ولد الأم، وقال يدخلون) والمثبت من ل.



منهم يتناوله اسم الولد علىٰ الانفراد، فيتناولهم علىٰ الاجتماع.

قال: فإن كان لفلان ابن، وله بنو ابن، وقد قال: لبني فلان، فلابنه النصف، وما بقي فهو مردود علىٰ الورثة لا يعطىٰ بنو الابن شيئًا، وإن كان له ابنان لصلبه فهو لهما.

وقال أبو يوسف: إن كان له ابنان لصلبه فهو لهما، وإن كان له ابن وأبناء ابن، فلابنه النصف، وما بقي فلابن ابنه، وهذا قول محمد.

وذكر في آخر الباب عن الحسن: أن الوصية لبني الابن للصلب وبني الأب، قال: وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، والصحيح علىٰ أصل أبي حنيفة الأول؛ لما بَيَّنَّا أن اسم الابن يتناول ولد الصلب حقيقة، وولد الولد مجازًا، ومن أصله: أن الاسم لا يحمل علىٰ الحقيقة والمجاز في حالة[1] واحدة، فإذا أردت الحقيقة سقط المجاز.

فأما علىٰ قولهما: فالاسم يحمل علىٰ الحقيقة والمجاز [في حالة واحدة]، فيشرك الولد وولد الولد، فأما إذا كان له ابنان فلا شيء لولد الولد؛ لأن اسم الجمع في الوصايا يتناول الاثنين فصاعدًا، وأما [وقد وجد من يستحق حمله][2] الوصية، فلم يحمل علىٰ غيرهم.

قال: وإن كان له بنات لصلبه وبنو ابن، فلا شيء لهم في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: هو بينهم بالسوية.

أما أبو حنيفة قال: فالاسم يتناول ولد الصلب حقيقة، وهم موجودون،

(١) في ل (جهالة).
(٢) في أ (ووجد من حمل) والمثبت من ل.

فسقط ولد الولد، ولم يستحق البنات شيئًا؛ لأن اسم البنين لا يتناولهم على الانفراد، فبطلت الوصية إلى الفريقين.

وعلى أصلهما: تحمل الوصية على ولد الولد والولد إذا لم يجز [انفراد] الولد بهما، فإذا تناو [لهما] على الاشتراك صاروا كالبطن الواحد، فيشترك ذكورهم وإناثهم.

قال محمد في أصل الوصايا، عطفًا على هذه المسائل: لو قال: لولد فلان، وله امرأة حامل، دخل ما في بطنها في الوصية؛ وذلك لأن الوصية استحقاق يتعلق بالموت، كالمواريث، فكما يجوز أن يستحق الحمل الميراث، فكذلك يدخل في الوصية.

قال: وإن كان له بنات وبنو ابن، فالوصية لبناته دون بني ابنه؛ وذلك لأن البنات بانفراد[1]، فلم يتناولهم اسم الولد، فكان حمل الاسم على الحقيقة أولى.

قال: ولو لم يكن له إلا ولد واحد، فإن الثلث كله له؛ لأن اسم الولد تناول الواحد فما زاد عليه فلا يختص بالجمع.

قال هشام: وسألت محمدًا عن رجل قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان ولإخوة فلان، وفيهم ذكور وإناث، فأخبرني أن أبا حنيفة قال: هو للذكور دون الإناث.

قال محمد: هو بينهم بالسوية، لا يزاد الذكر على الأنثى، وهذا على ما قدمنا: أن اسم الذكور إنما يتناول الإناث إذا اجتمع [مع] الذكور على وجه

(١) في ل (بانفرادهنّ يتناولن اسم الولد).



المجاز، ومن حكم الاسم أن يحمل على الحقيقة.

وعلى قول محمد: اسم الذكور يطلق غالبًا على الإناث، فيتناولهم الاسم جميعًا.

قال هشام: قلت: فإن مات رجل وله ابن وبنت، فقال: قد أوصيت بنصيب أحد ابني فلان، فلم يجعل للموصى له، قال: ذلك للورثة: إن شاؤوا أعطوه أقل الأنصباء، قلت له: فإن كان له ابنتان وابن؟ قال: فكذلك أيضًا، قلت: فإن كان [له] ابنان وبنت، أو ابنان وابنتان، أو بنون وبنات، فقال: قد أوصيت لفلان بنصيب أحد بني، فقال: يعطى الموصى له في هذا بنصيب ابن؛ لأن قوله: أحد بني، فيكون ابنان، والثلاثة بنون دون البنات.

وهذا صحيح؛ لأنه إذا خلف بنتًا وابنًا، فقال: أحد بنيّ، فقد علم أنه [سمّى] الانثى ابنًا؛ لاجتماعها مع الذكر، فدخلت في الكلام، فجاز للورثة أن يحملوا الوصية على نصيبها.

فإن كان له بنون وبنات فقال: أحد بني، فالاسم حقيقة للذكور على الانفراد، فحملت الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات.

قال محمد: فإذا كان له ابن وبنت، أو ابن وبنتان [أو ابن وبنات، فالابن وحده لا يكون بنين][1].

هذا صحيح؛ لأن اسم الجمع لا يتناول الواحد، فلا بد من إدخال الإناث معه، فحملت الوصية على نصيب أحدهم. [٤٠٦/أ].

---

(١) في أ (فالابن هذا لا يكون...) والمثبت من ل.



بَابُ
الوصية للموالي

قال: وإذا أوصىٰ رجل فقال: ثلث مالي لمواليّ، فإنه يدخل في الوصية جميع من أعتقه في صحته، ومن أعتقه في مرضه جازَ عتقه، وإن كان أعتقهم قبل الوصية أو بعدها، فهو سواء؛ وذلك لأن الوصية عقد يتعلق بالموت، وكل واحد من هؤلاء قد ثبت له الولاء عند الموت، فاستحق الوصية لوجود الاسم فيه.

وأما المدبرون وأمهات الأولاد؛ فروىٰ [بشر] عن أبي يوسف: أنهم يدخلون في الوصية.

قال بشر عن أبي يوسف: أنه قال بعد ذلك: لا يدخل في الوصية إلا من عتق قبل موته، وكذلك قال محمد في الجامع الكبير: إذا قال: أوصيت بثلث مالي لمواليّ، وله مدبرون وأمهات أولاد، فإنهم لا يدخلون في الوصية؛ (لأنهم إنما صاروا مواليه بعد موته.

قال: ولو كان أعتق عبيدًا بعد وصيته في حياته، دخلوا مع مواليه في وصيته)(١).

وجه قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد: أن الوصية لما كانت عقدًا يتعلق بالموت، استحقت عقيبه، وفي ذلك الحال تعتق أمهات الأولاد والمدبرون، ويثبت [لهم] الولاء بعدها، فحال ثبوت الوصية ليسوا بموالي، فلا يدخلون فيها.

---

(١) ساقطة من ل. انظر: الجامع الكبير ص٢٨٩.



وجه قول أبي يوسف الأول: أنهم يستحقون الحرية علىٰ وجه لا يلحق الفسخ، فنسبوا إلىٰ الولاء كالمعتقين.

قال محمد: ولو كان قال لعبده: إن لم أضربك فأنت حر، فمات قبل ضربه، دخل في الوصية.

وهذا صحيح؛ لأنه يعتق عند عجزه عن الضرب في ذلك في آخر جزء من أجزاء حياته، فيستحق اسم المولىٰ عقيب الموت، فيدخل في الوصية.

قال: فإن أوصىٰ لمواليه، وله موال أعتقهم، وموال أعتقوه، ولم يبين أي الفريقين أراد، فالوصية باطلة في قولهم؛ وذلك لأن اسم [الموالي] (١) يتناول المعتَق والمعتِق بجهتين مختلفتين؛ لأن المعتِق مُنْعِمٌ، والمعتَق مُنْعَمٌ عليه، وليس في اللفظ ما يبين له أحد الأمرين من الآخر، فلم يجز حمل الاسم عليهما؛ لأن الاسم لا يحمل علىٰ المعاني المختلفة، ولا يجوز تخصيصه بإحدىٰ العلتين؛ لأن أحدهما ليس بأولىٰ من الآخر، فبطلت الوصية.

وليس هذا كالوصية للأخوات، [أنه] يدخل فيها الإخوة المفترقون؛ لأن الاسم يعبر به عن كل واحد منهم، وهذا [معنىٰ] (٢) يجمعهم، وهو الانتساب إلىٰ أحد الأبوين؛ فلذلك جاز أن يحمل علىٰ جميعهم.

وليس هذا كمن حلف لا يكلم موالي فلان، أن اليمين علىٰ الموالي الأعلىٰ والأسفل؛ لأن النكرة في النفي تتناول المختلفين، وإن كان الإثبات لا يجوز أن يتناول المختلف (٣).

(١) في أ (الوصية) والمثبت من ل.
(٢) في أ (مقر) والمثبت من ل.
(٣) انظر: تسهيل الوصول إلىٰ علم الأصول للمحلاوي ١/١٦١.

قال أبو يوسف: ولو كان الموصي من العرب وله موالي عتاقة وموالي أسلموا على يديه [ووالوه]، قالوا: فهم في الوصية شركاء.

وقال محمد في الجامع الكبير: الوصية للمعتقين وأولادهم دون موالي الموالاة، أستحسن ذلك، وأدع القياس فيه[1].

وجه قول أبي يوسف: أن المعتق والمعاقد تناولهما اسم المولى، ولهما [معنى] معتبر [يجمعهما][2]، وهو كونهما تبعًا للمولى، فوجب أن يحمل الاسم عليهما.

وجه قول محمد: أن الاسم يتناول المعتق بالنعمة، ويتناول [المعاقد][3] بالعقد، فهما معنيان مختلفان، فلا يجوز أن يحمل عليهما، كما لا يحمل على الأعلى والأسفل، وليس هذا عنده كالموالي وأولادهم؛ لأنهم ينسبون إليه بولاء واحد، فلذلك دخلا في الوصية.

قال محمد: إذا أوصى الرجل لمواليه، وهو من العرب، وله موال أعتقهم، [وأولاد موال نساء ورجال حرائر لم يملكوا] مواليه الذين أعتقهم، فالثلث للموالي الذين أعتقهم وأولادهم من الرجال والنساء، ولا يكون لموالي مواليه من ذلك شيء؛ وذلك لأن المعتقين وأولادهم ينسبون إليه بحقيقة الولاء؛ لأنهم قد جرى عليهم ولاء لغيرهم، فصاروا كولد الولد الذين لا يدخلون في الوصية للولد مع وجود ولد الصلب؛ لأنهم ليسوا بأولادهم في الحقيقة، وقد حصل لهم

---

(١) انظر: الجامع الكبير ص٢٨٨.

(٢) في أ (بجميعهما) والمثبت من ل.

(٣) في أ (المعاهد) والمثبت ما دل عليه السياق. والله أعلم.

أولاد من غيره، فأما أولاد الموالي فإنما ينسبون [بالمعتق] الأول، وليس عليهم ولا لغيره.

قال: فإن لم يكن له موال أعتقهم ولا أولادهم، فالثلث لموالي مواليه الذين أعتقهم مواليه؛ وذلك لأنه لما لم يوجد من ينسب إليه بالولاء على الحقيقة، حمل على من ينسب إليه على وجه المجاز، كالوصية للأولاد إنما يحمل على ولد الصلب ما وجدوا، فإن لم يكونوا فعلى ولد الولد.

قال: فإن كان له من مواليه الذين أعتقهم أو من أولادهم ابنان فصاعدًا، وله موالٍ أعتقهم مواليه، فالوصية للابنين الباقيين خاصة دون موالي مواليه الذين أعتقهم؛ لأنّ اسم الجمع في الوصايا يحمل على الاثنين فصاعدًا، فإذا وجد من الموالي على الحقيقة من يستحق اسم الجمع لم يحمل على المجاز.

فإن كان له من المعتقين واحد، فأوصى الثلث لمواليه، فللواحد النصف، ويرد نصف الثلث إلى الورثة؛ وذلك لأن الاسم يتناول المعتقين على الحقيقة، ويتناول معتق المعتق على وجه المجاز، فإذا بقي من المعتقين واحد، فالحقيقة مراده، فلم يحمل على المجاز، واسم الجمع لا يتناول أقل من اثنين، فاستحق الواحد النصف، وبطلت الوصية في الباقيين، وهذا كالوصية للولد إذا لم يكن ولد الصلب إلا واحد، استحق نصف الوصية، ولم يستحق ولد الولد شيئًا.

قال محمد: فإن كان له ابن، وله موال أعتقهم ابنه، فأوصى بالثلث لمواليه ولم يكن له موال ولا موال غير موالي ابنه، لم يكن لموالي ابنه وصية؛ لأن هؤلاء موالي ابنه في الحقيقة، وإنما يستحق ميراثهم؛ لأنه عصبة كالابن؛ [لا] لأنه مولاهم، وليس كذلك معتق معتقه.



بَابُ
ما يكون رجوعًا في الوصيةِ

قال في الأصل: إذا أوصىٰ رجل لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصًا، أو بقطن فغزله، أو بغزل فنسجه، أو بحديد فصنعه إناء أو سيفًا، أو بفضة ثم صاغ منها خاتمًا، أو بزيت ثم لتَّه، أو بدار لا بناء فيها ثم بنىٰ فيها، فهذا كله رجوع.

قال رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب: أن الموصي يملك الرجوع من الوصية؛ لأنها تبرّع لم يتم، فجاز الرجوع فيها كالهبة؛ ولأن [قبولها][1] موقوف علىٰ الموت، فما لم يوجد الموت يجوز الرجوع، كالإيجاب بغير قبول.

وإذا ثبت أن الموصي يملك [الرجوع] عن الوصية، فكل فعل يستدل به علىٰ رجوعه يقوم مقام قوله: قد رجعت؛ لأنه مخيّر بين تبقية العقد وبين إبطاله، فإذا فعل ما دل علىٰ الإبطال قام مقام قوله: [٤٠٦/ب] قد أبطلت.

أصله: البيع المشروط فيه الخيار [إذا فعل] المشتري ما يدل على إبطال خياره.

وإذا ثبت هذا قلنا: كل فعل لو فعله الإنسان في ملك غيره يسقط حق المالك عن العين، فإن الموصي إذا فعله كان رجوعًا؛ لأن تعلق حق المالك بملكه أبلغ من تعلق حق الموصىٰ له بالوصية، فإذا كان هذا الفعل يسقط حق المالك؛ فلأن يبطل الوصية أولىٰ، وهذا قد دخل فيه من قطع ثوبًا ثم خاطه، أو [أوصىٰ] بقطن ثم غزله، أو بغزل ثم نسجه، أو بحديدة ثم صنع منها إناء.

(١) في أ (قولها) والمثبت من ل.

وأما ما لا يسقط حق المالك من العين، فهو على ضروب: فكل موضع اتصلت العين بزيادة لا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع، فهذا كالسَّوِيْق إذا لَتَّه؛ لأن السمن زيادة من مال الموصي لم يدخلها في الوصية، ولا يمكن تسليم الزيت دون السويق، فقد تعذر تسليم العين الموصى بها بفعل الموصي، فبطلت الوصية.

فعلى هذا: إذا بنى في الدار؛ لأن البناء وقع بحق، وكانت العين على ملك الموصي، فلا يجوز أن يكلف نقضه، ولا يمكن تسليم العين الموصى بها دون البناء، والبناء لم يستحق بالوصية، فبطلت الوصية.

وأما إذا أوصى بقطن ثم حشا به، أو ببطانة [ثم بطن بها قَبَاء(1)، أو بظهارة ثم ظهر بها ثوبًا](2)؛ فلأن العين اتصلت [بما لم](3) يتعلق الوصية بها غير مستحق؛ لأن الموصي تصرف في مِلْكِهِ، فتعذر التسليم، فمنع [من] الرجوع.

وكل تصرف أوجب زوال مِلْكِ الموصي فهو رجوع، كمن أوصى بعين ثم باعها ثم اشتراها؛ لأن البيع أوجب زوال الملك، ويستحيل أن تبقى الوصية في حكم ملك العين، فلم يبق إلا أن يكون أبطلها ببيعه(4)، فلا يعود إلى الوصية مستقبلة.

وأما إذا أوصى بشاة ثم ذبحها بطلت الوصية؛ لأنه تصرف في نفس العين الموصى بها، فيستدل به على الرجوع، ألا ترى أن الملك في الوصية يقع بالموت، والشاة المذبوحة لا تبقى في العادة، فدل الذبح على أنه رجوع؛ ولأنها

(1) «والقَبَاءُ: ثوبٌ يُلبَس فوق الثياب أو القميص، ويُتَمَنْطَق عليه». المعجم الوجيز (القباء).

(2) في أ (ثم ظهر بها، أو بظهارة ثم بطن بها) والمثبت من ل.

(3) في أ (ثم لم) والمثبت من ل.

(4) في ل (إلا أن يبطل بيعه).



لا تصلح بعد الذبح لما كانت تصلح له قبله، فصار تغييرها دلالة على الرجوع.

وأما إذا أوصى بقميص [ثم نقضه] فجعله قَبَاءً، فهذا رجوع؛ لأن الخياطة لو حصلت في ثوب غير منقوض كانت رجوعًا، فإذا حصلت مع النقض فهو أولى.

وأما إذا نقضه ولم يخطه، فيحتمل أن يقال: ليس برجوع؛ لأن العين باقية تصلح لما كانت تصلح له من قبل النقض، فلا تنتقض الوصية، كما قالوا في نقض بناء الدار.

قال: ولو أوصى له بثوب ثم غسله، أو بدار ثم جَصَّصَها[1]، أو هدمها، فليس [هذا] برجوع؛ [لأن غسل الثوب ليس بتصرف في عينه، وإنما هو] لإزالة الوسخ منه، فالوسخ لا يتعلق به الوصية، فكذلك التجصيص ليس بتصرف في نفس ما أوصى به؛ لأن البناء [تبع][2] للدار، والتصرف مع التبع لا يسقط الحق عن المتبوع.

وأما إذا نقض البناء؛ فلأن البناء في الوصية تبع للعَرْصَةِ، والعقد [وقع] على الأصل، [فزوال التبع][3] لا يوجب بطلان العقد في المتبوع.

قال: ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبدًا بعينه، ثم رجع إلى الموصي بهبةٍ أو بميراث أو وصية، فهو جائز له من ثُلُثِهِ؛ لأن الوصية لم تقع بالثمن، وإنما وقعت بعين العقد، وإنما ذكر الشراء ليتوصل به إلى تحصيله بتنفيذ الوصية فيه، فإذا حصل له بغير الشراء وجب تنفيذ الوصية [فيه].

---

(١) «جصَّص البناء: طلاه بالجِصّ، والجِصُّ: ما تُطْلَى به البيوت من الجير». المعجم الوجيز (جصّ).

(٢) في أ (يقع) والمثبت من ل.

(٣) في أ (من مال التبع) والمثبت من ل.

قال: وإذا أوصىٰ بعبد يخرج من ثلثه لفلان؛ ثم أوصىٰ بذلك لفلان آخر، قال: العبد بينهما نصفان؛ وذلك لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق [فيه، فوجب أن يتساويا في نفس الاستحقاق]؛ ولأن عقد الوصية إذا جاز أن يشرك بينهما فيه، لم يكن العقد [الثاني] بَيِّنًا في دلالته علىٰ الرجوع؛ لاحتماله الاشتراك، فكان بينهما.

فإن قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان، كان هذا رجوعًا عن الوصية الأولىٰ، والوصية [للآخر][1] منهما، وكذلك إذا قال: العبد الذي أوصيت به لفلان؛ (قد أوصيت به فلانًا)[2]، كان هذا رجوعًا [عن الوصية الأولىٰ]، ونفذ [الوصية للآخر][3] منهما؛ وذلك لأنه لما أعاد الوصية ثم أوصىٰ [بها] للثاني، [دلَّ][4] علىٰ الرجوع؛ لأنه لو لم يرد ذلك لذكر لفظ الشرك.

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان، لم يكن هذا رجوعًا؛ لأنه ذكر لفظًا يدل علىٰ الاشتراك، والاشتراك ضد الرجوع.

٢٨٠٢ـ فَصْل: [الرجوع من الوصية]

قال مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف في نوادره: قال أبو يوسف: في رجل أوصىٰ بوصية، ثم عرضت عليه من الغد فقال: لا أعرف هذه الوصية، قال: فهذا رجوع منه، قال: وكذلك لو قال: لم أوص بهذه الوصية.

---

(١) في أ (الأخرىٰ) والمثبت من ل.

(٢) في ل (هو لفلان).

(٣) في أ (الآخر) والزيادة من ل.

(٤) في أ (دارًا عادت) والمثبت من ل.

قال: وسألت محمدًا عن ذلك، فقال: لا يكون الجحود رجوعًا، وقال في الأصل: إذا جحد الوصية فهو رجوع، ولم يُضِفْه إلىٰ أحد، وقال في الجامع الكبير: إذا أوصىٰ بثلث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك: اشهدوا أني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير، لم يكن هذا رجوعًا منه عن وصيته لفلان.

ولو أوصىٰ لفلان بالثلث، ثم قال: [كل وصية][1] أوصيت بها لفلان فهي باطلة، فهذا كرجوع منه[2].

قال رحمه الله: فيجوز أن يكون ما في الأصل قول أبي يوسف، وما في الجامع قول محمد.

وجه قول أبي يوسف: أن الجاحد نافٍ للوصية في الحال وفيما مضىٰ، فالرجوع نفي لها في الحال، فإذا نفاها في الحالين فهو أولىٰ أن يكون رجوعًا.

وقد قالوا في المرتد إذا جحد الردة: كان توبة؛ لأن التوبة نفي الكفر في الحال، فإذا نفاه في الحال وفيما مضىٰ فهو أولىٰ.

وجه قول محمد: أن الرجوع إثبات الوصية فيما مضىٰ، وإبطالها في الحال والجحود نفي لأصل العقد؛ ولذلك لا يصح معه رجوع؛ ولهذا [قالوا]: إن جحود النكاح لا يكون طلاقًا.

فأما إذا قال: كل وصية أوصيت بها لفلان [فهي] حرام، أو فهي ربًا، فليس هذا برجوع، والوصية له نافذة؛ لأن التحريم قد يجتمع مع بقاء الوصية، ألا ترىٰ أنه قد يوصي بما دخل فيه من الربا فتنفذ الوصية، وهو ربا.

(١) في أ (ثم) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الجامع الكبير ص٢٩٥.



ولو قال: [كلُّ] وصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان [ولدي] ، أرىٰ: كانت الوصية [لولده][(١)] ، فإن شاءت الورثة أجازوا ، وإن شاؤوا ردّوا ، وقد رجع عن وصيته لفلان ؛ لأن إعادة الوصية الأولىٰ وإثباتها لغير الأول رجوع علىٰ ما قدمناه ، والوارث يستحق الوصية بالإجازة.

ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لعمرو ، وكان عمرو وحيدًا يوم قال هذا القول ، ولكنه مات قبل الموصي ، فالوصية ميراث لورثة الموصي ، وليست لفلان ولا لورثة عمرو ؛ لأنه لما أعاد الوصية الأولىٰ وأثبتها للثاني فقد رجع عن الوصية الأولىٰ ، وصحت الثانية ثم بطلت بموت الموصىٰ له.

قال: فلو كان هذا القول وعمرو ميت ، فالوصية نافذة لفلان علىٰ حالها ؛ لأنا نبطل الوصية بإثباتها للثاني ، فإذا كان الميت ممن لا يستحق الوصية [٤٠٧/أ] ، ألغيت الوصية له ، وبقيت الوصية[(٢)] الأولىٰ علىٰ حالها.

قال: ولو كان قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لعقب عمرو ، وعمرو حي ، [ثم مات عمرو قبل الموصي وله عقب ، فهي لعقبه][(٣)] ، [وإن] مات الموصي قبل موت عمرو ، ثم مات عمرو ، فإن الوصية لفلان [علىٰ حالها] ، ولا يكون لعقب عمرو وصية.

فإن مات عمرو (ثم مات الموصي بعد ذلك)[(٤)] ، فالوصية ميراث لورثة

---

(١) في ل (لوارثه) والمثبت من أ.

(٢) في ل (وبقت للأول).

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من النسخ ، والمثبت من الجامع الكبير ، والعبارة بكاملها من الجامع الكبير ص ٢٩٥ ، وهذه العبارة ذكرها المؤلف بعد أربعة أسطر ، فيكون شارحًا هناك للعبارة كعادته.

(٤) موضع ما بين القوسين في الجامع الكبير: (ثم مات عقبه قبل الموصي).

الموصي، فقد رجع عن الوصية؛ وذلك لأنه إذا بقي عمرو بعد الموصي فلا عقب له عند الوصية، والرجوع إنما يثبت بإثبات الوصية لغير الموصىٰ له، فإذا لم يثبت بقيت الأولىٰ بحالها.

فأما إذا مات عمرو [قبل الموصي، وله عقب باقٍ ـ أي: حين موت الموصي ـ فالوصية لعقب عمرو؛ لأنه لما أعاد الأولىٰ وأثبتها للعقب، صحّت الثانية](١) وبطلت الأولىٰ، وإن هلك عقبه قبل موت الموصي فقد صَحَّ الرجوع عن الوصية الأولىٰ؛ لأنه أثبتها لعقب عمرو، وهم موجودون، ثم بطلت بموتهم، فلم تعد الوصية الأولىٰ.

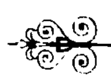
وقال ابن رستم عن محمد: لو أن رجلاً أوصىٰ بوصية إلىٰ رجل(٢)، فقيل له: إنك ستبرأ، فأخّر الوصية، فقال: أخّرتها، فليس هذا برجوع، ولو قيل له: اتركها، فقال: قد تركتها، فهذا رجوع؛ لأن تأخير الحق ليس بإسقاط له، وتركه إسقاطه، ألا ترىٰ أنه لو أَخَّرَ الدين لوجب ذلك التأخير، ولو كان تركه كان براءة.

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل أوصىٰ بثلث ماله لرجل مسمّىٰ وأخبر الميت: أن ثلث ماله ألف، أو قال: وهو هذا، فإذا ثلث ماله أكثر من ألف، فإن أبا حنيفة قال: له الثلث من جميع ماله، والتسمية التي سمّىٰ باطلة، لا ينقض الوصية خطؤه من ماله، إنما غلط في الحساب، ولا يكون هذا رجوعًا عن الوصية، وهذا قول أبي يوسف؛ وذلك لأنه أوصىٰ بالثلث، وبيّن الثلث المبلغ الذي ذكره، وصحة الوصية لا تقف علىٰ ذكر المبلغ، فلم يوجب إسقاط بعض الوصية، وحمل [هذا] علىٰ الغلط في القدر؛ ولأنه لما احتمل أن يكون هذا رجوعًا

---

(١) ساقطة من أ والمثبت من ل.

(٢) في ل (بوصايا لرجل).

عما زاد على القدر المذكور، واحتمل أن يكون غلطًا، فلم تبطل الوصية بالشك.

قال: ولو قال: أوصيت بغنمي كلها، وهي مائة شاة، فإذا هي أكثر، وهي تخرج من الثلث، فالوصية جائزة في جميعها؛ لما بَيَّنَّا أنه أوصى بجميع الغنم ثم غلط في العدد، حين ظن أنها مائة شاة، فلا يسقط بذلك ما أوصى به.

قال: ولو قال: قد أوصيت له بغنمي، وهي هذه، وله غنم غيرها تخرج من الثلث، فإن هذا في القياس مثل ذلك، ولكني أدع القياس في هذا، وأجعل له الغنم التي سمّاها من الثلث؛ وذلك لأنه لما أوصى بالغنم على الإطلاق وعيّنها بما أشار إليه، فالوصية تتعين بما عيّنه، فكانت الإشارة من باب التعيين أقوى من الإضافة، فلم يجز استحقاق ما لم تقع الإشارة إليه.

وليس هذا كقوله: أوصيت له بثلث مالي، وهو هذا؛ لأن التعيين لم يقع فيما تعلقت به الوصية حتى تكون أولى[1] من الإضافة، وإنما وقعت الإشارة إلى جملة المال، وذلك لا يمنع أن يكون ما سواه من ماله؛ فلذلك تعلقت الوصية بالأمرين، وفي مسألتنا أشار إلى ما علّق الوصية به وما سواه.

وإن كان من غنمه فقد يجوز أن لا تتعلق الوصية به؛ فلذلك تعلق الحكم بالإشارة.

قال: وكذلك لو قال: قد أوصيتُ برقيقي وهم ثلاثة، فإذا هم خمسة، جعلت الخمسة كلهم له من الثلث، وهذا مثال الباب الأول؛ لأنه أوصى له بالرقيق وغلط في عددهم، فالغلط لا يمنع من استحقاق جميعهم[2].

(١) في ل (أقوى).

(٢) انظر: الجامع الكبير ص ٢٩٥.



بَابُ
فيمن أوصى لرجل بسيفه

ذكر الحسن عن زفر أنه قال: فيمن أوصى لرجل بسيفه: أنه له بجفنه وحمائله، وإن أوصى له بسَرْج فله السَّرْجُ واللِّبْدُ والرِّفادَة والصِّفَة.

وقال أبو يوسف في السيف: له النَّصْل دون الجَفْن، وفي السرج: يكون له الدَّفتان والرِّكابان واللَّبَب والميثرة، ولا يكون له اللبد والرفادة، ولا الصفة.

وقال محمد في الأصل: إذا أوصى له بسيف، أعطيته السيف بجفنه وحليته، ولو أوصى له بسرج، أعطيته السرج ومتاعه.

وجه ما ذكره في الأصل، وهو قول زفر: أن السيف في العادة اسم لأمرين، [فصار][1] بالجفن بائعاً للسيف، فيدخل في الوصية، وكذلك السرج اسم للعود ولما تبعه مما لا ينتفع بالسرج [إلا به، فدخل][2] الجميع في الوصية.

وأما أبو يوسف: فجعل له ما اتصل بالسرج دون ما انفصل عنه، [فلذلك][3] لم يجعل له الجفن؛ لأنه منفصل عن السيف ولم يدخل في الوصية، كمن أوصى بدار، لا يدخل ما فيها من المتاع.

وأمّا إذا أوصى له بمصحف وله غلاف، قال أبو يوسف: له المصحف دون

---

(١) في أ (فجاز) والمثبت من ل.

(٢) في الأصل (إلا أنه قد دخل) والمثبت من ل.

(٣) في أ (كذلك) والمثبت من ل.




الغلاف، وهو قول أبي حنيفة.

وقال زفر: له المصحف والغلاف.

أما أبو يوسف: فمضىٰ علىٰ أصله: أن الغلاف منفصل عن المصحف، فلا يدخل في الوصية إلا بالتسمية.

وأما زفر فقال: إن الغلاف تابع للمصحف، كجفن السيف.

وقال أبو يوسف: إذا أوصىٰ له بميزان، فإن له الكِّفَتين، والعمود الذي به الكفتان، واللسان، وليس له الطرزدان والصنجات، وأما الشاهين: فله الكفتان والعمود، وليس له الصَّنْجَات والتَّخْت.

وقال زفر: إذا أوصىٰ له بميزان: له الطرزدان والصنجات [والكفتان، وإن أوصىٰ له بشاهين، فله التخت والصنجات].

وأما أبو يوسف: فذهب إلىٰ أن الصنجة والطرزدان والتخت منفصل مما أوصىٰ به، فلا يدخل في الوصية إلا بالتسمية.

وأما زفر: فجعل ذلك من توابع الميزان؛ لأن الانتفاع لا يحصل إلا بالجميع، فصار كتوابع السرج، وأما القبّان والقرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعًا؛ لأن اسم القبان يتناول هذه الجملة، وإذا تناولها الاسم فالانفصال والاتصال سواء.

قال محمد في الأصل: وإذا أوصىٰ لرجل بحنطة في جوالق، فله الحنطة دون الجوالق؛ لأن الحنطة يعقد عليها دون ظرفها في العادة، بدلالة البيع، وكذلك الوصية.

ولو أوصىٰ له بجراب ثياب[1] هو فيه، فله الثياب والجراب؛ لأن ذلك يدخل في بيعه [بطريق التبع في العادة][2]، فكذلك الوصية؛ ولأن اسم الجراب يتناول الظرف وإن عبّر به عما فيه في العادة، فلا يخرج من الوصية ما يتناوله الاسم في الحقيقة.

[قال]: وعلىٰ هذا: لو أوصىٰ له بهذا الدَّنّ[3] من [الخَلّ]، كان له الدَّنّ [٤٠٧/ب] بما فيه؛ لأن اسم الدَّنِّ حقيقة في الظرف، فإذا حمل علىٰ ما فيه لم يخرج من العقد ما يتناوله الاسم.

قال: ولو أوصىٰ له بقوصرة[4] تمر، أعطيته القوصرة وما فيها؛ لأن الظرف يدخل في العقود علىٰ طريق التبع في العادة، بدلالة [البيع]؛ ولأن الاسم يختص الظرف، فلم يخرج من الوصية.

قال: ولو أوصىٰ له بقبّة أعطيته عيدانها دون كسوتها؛ لأن القبة اسم للخشب دون الثياب، والثياب منفصلة منها، فلم تدخل في الوصية إلا بالتسمية.

قال: ولو أوصىٰ له بقبة [تركية][5]، وهذا إنما يراد به الخركاه، أعطيته

(١) في ل (بجراب هروي). «والجِراب: وِعاء يحفظ فيه الزاد ونحوه، وجمعه: أجرِبَة وجُرُب». المعجم الوجيز (جرب).

(٢) في أ (علىٰ طريق العادة في البيع) والمثبت من ل.

(٣) الدَّنّ واحد الدِّنان: وِعاء ضخم للتخليل، وقال الفيومي: «كهيئة الحُبِّ، إلا أنه أطول منه وأوسع رأسًا». المصباح (دن).

(٤) القوصَرَّة ـ بالتثقيل والتخفيف ـ: وعاء التمر يتخذ من قصب». المصباح (قصر).

(٥) في أ، ب (مركبة) والمثبت من ل، حيث ذكر في المغرب بأن: «(الحركاه) بالفارسية: القبة التركية، ويقال في تعريبها: خَرقاهة». (خركاه).



العيدان واللبود[1] ؛ لأن الاسم يتناولها بلبودها ، فدخلت في الوصية .

ولو أوصىٰ له بحجلة ، أعطيته الثياب دون الخشب ؛ لأن الاسم يتناول الثياب والخشب منفصلة عنها ، فلا يدخل في الوصية بها .

قال: ولو أوصىٰ له بسَلَّة[2] زعفران ، أعطيته الزعفران دون السلة ، وهذا إنما أجاز فيه علىٰ عادة شاهدها في وقته أن السلة تنفرد عن الزعفران في البيع ، فلا يتبعه ، فأما الآن فالعادة أن الزعفران يباع بظرفه كما يباع التمر بظرفه ، واسم السلة يتناوله الظرف خاصة ، فلم يجز إخراجه من الوصية .

قال: ولو أوصىٰ له بهذا العسل ، وهو في زِقٍّ[3] ، أعطيته العسل دون الزق ، وكذلك السمن والزيت ؛ لأن الزق لا يسمىٰ عسلاً ، فلا يدخل في الوصية إلا ما سمّاه دون غيره .



(١) في ل العبارة هذه جاءت بعد (مركبة) ، [تركية ، أعطيته العيدان واللبود] .
(٢) «والسَّلَّةُ: وِعاء يُحمل فيه الفاكهة ، والجمع: سَلَّات» . المصباح (سلل) .
(٣) الزِّقُّ: وعاء من جلد يُجَزُّ شعره ، يتخذ للماء والشراب وغيره» . المعجم الوجيز (زقّ) .

بَابُ
من لا تصحُّ إليه الوصيةُ

قال: وإذا أوصىٰ الرجل إلىٰ عبد غيره، فالوصية باطلة لا تجوز، وإن أجازها مولىٰ العبد؛ وذلك لأن منافع العبد مستحقة لمولاه، فلا يجوز له صرفها إلىٰ ورثة الموصي.

وإذا أجاز الوصية المولىٰ فله أن يَرجع ويمنع العبد من التصرف، فلم تصح الوصية، وهو محمول علىٰ أن القاضي لا يصحح الوصية ويخرجه منها، فأما إن تصرَّف العبد قبل أن يخرجه القاضي فهو جائز؛ وذلك لأن تصرف العبد بالوصية كتصرفه بالوكالة؛ وكذلك إذا تصرف علىٰ وجه الوصية، وإنما يخرجه القاضي؛ لأن منافعه لمولاه، فإذا أقره علىٰ الوصية وهو لا يقدر علىٰ القيام بأمر الميت، كان في [ذلك] تضييع للورثة، فإذا أخرجه منها له ذلك[1].

وأما إذا أوصىٰ الرجل إلىٰ عبده، فإن كان ورثته كبارًا، أو كان فيهم [كبير][2]، فالوصية باطلة، وإن كانوا صغارًا جازت الوصية عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز.

وجه قول أبي حنيفة: أن العبد ليس في الورثة من يلي عليه، وهو يقدر علىٰ التصرف والقيام بمصالحهم، ومنافعه مستحقة لهم، فجازت الوصية إليه كالحر.

---

(١) في ل (فلذلك أخرجه منها).

(٢) في أ (صغير) والمثبت من ل.



وليس كذلك عبد غيره؛ لأن منافعه لمولاه، فلا يقدر علىٰ صرفها إلىٰ الورثة؛ فلذلك لم يقره القاضي علىٰ الوصية.

وأما إذا كان في الورثة كبير، فإنه يلي علىٰ العبد؛ بدلالة[1] جواز بيعه [لنصيبه منه][2]، ويستحيل أن يثبت للعبد الولاية [عليه] بالوصية، ويثبت له الولاية علىٰ العبد بالملكية؛ فلذلك لم تجز الوصية.

فإن قيل: فالصغير وإن لم يملك بيع عبده، فإن القاضي يملك بيعه بولايته علىٰ الصغير، قلنا: ولاية القاضي علىٰ الوصي لا يمنع جواز الوصية إليه؛ بدلالة ولايته علىٰ الأحرار، وإن جازت الوصية إليهم.

وجه قولهما: أن [مَن] لا تجوز الوصية إليه إذا كانت الورثة كبارًا، لا تجوز مع صغرهم، كالكافر والفاسق، ولأن الوصي يتصرف بالولاية، والعبد [ليس] من أهل الولايات.

[قال]: فإن أوصىٰ إلىٰ مكاتبه أو مكاتب غيره، فالوصية جائزة؛ وذلك لأن المكاتب مالك لمنافع نفسه كالحر؛ ولأنه يتصرف له بالوكالة، فكذلك بالوصية، فإن عجز صار حاله كحال العبد علىٰ ما قدمنا.

قال: ولو أوصىٰ مسلم إلىٰ ذمي، فالوصية باطلة، وذكر في كتاب القسمة ما يدل علىٰ جواز الوصية ما لم يخرجه القاضي.

فإن حملنا المسألة علىٰ رواية واحدة، كان قوله أن الوصية باطلة، أن

---

(١) في ل (للولاية).

(٢) في أ (له) والمثبت من ل.



القاضي يبطلها، ويقيم [غيره] مكانه مسلمًا.

وإن حملنا هذه الرواية على ظاهرها، كان فيها (روايتان.

والوجه)[1] في بطلانها: أن الوصي يتصرف بالولاية، والكافر لا تثبت له على المسلم ولاية، ولأنه متهم في حقه؛ فلذلك لم تقبل شهادته عليه، فكذلك وصيته إليه.

وأما وجه الرواية الأخرى: فإنه يجوز أن يتصرف بالوكالة، فكذلك بالوصية كالمُسلم، إلا أن القاضي يخرجه للتهمة التي تلحقه في حق المسلمين.

قال: ولو أوصى ذِمِّيٌّ إلى ذمي جاز؛ لأن أهل الذمة يثبت لبعضهم على بعض الولاية، [وتقبل شهادة بعضهم على بعض، فكذلك وصيّتهم.

ولو أوصى ذمي إلى حربي لم يجز؛ لأنه لا يثبت لبعضهم على بعض ولاية][2]، ولا يتوارثون، فصاروا كالمسلمين وأهل الذمة، ولو أوصى ذمي إلى مسلم جاز؛ لأن المسلم تثبت له الولاية على الكافر.

ولو أوصى رجل إلى امرأة جاز، وكذلك المرأة إلى الرجل؛ لأن المرأة من أهل الولاية كالرجل؛ ولأن شهادتها عليه مقبولة، فجاز أن تكون الوصية [إليها صحيحًا][3].

ولو أوصى إلى أعمى جاز؛ لأن الأعمى من أهل الولاية كالبصير.

---

(١) في ل (ما يوجد).

(٢) ما بين المعقوفتين سقطت من أ والمثبت زيدت من ل.

(٣) في أ (له) والمثبت من ل.



قال: ولو أوصىٰ إلىٰ محدود في قذف جاز، وإنما يعني بهذا المحدود التائب؛ لأنه إذا لم يتب فهي مسألة الوصية إلىٰ الفاسق، وسنذكرها، فأما المحدود التائب فهو من أهل الولاية كغير المحدود؛ ولأنه عدل ناهض[(١)] بالتصرف كسائر الناس[(٢)]، وليس إذا لم تقبل شهادته لم تثبت ولايته؛ لأنه يلي علىٰ أولاده مع وجود هذا المعنىٰ.

قال: ولو أوصىٰ إلىٰ فاسق مُتَّهَمٍ مَخُوف في ماله[(٣)]، فالوصية إليه باطلة؛ وذلك لأن الفاسق متهم في التصرف، فلم تجز الوصية إليه كالكافر، وكان أصحابنا يقولون: إن الوصية جائزة، ويخرجه القاضي منها؛ لأنه متهم علىٰ الورثة، فإن تصرف قبل أن يخرجه القاضي نفذ تصرفه؛ لأنه يتصرف بأمره كالوكيل.

وذكر ابن رستم عن محمد في هذه المسألة قال: إن وجدته ثقة أجعله وصيًّا؛ إلا أنه محتاج فإني أجعله وصياً ولا أسلم المال إليه؛ وذلك لأن المحتاج لا يؤمن أن تدعوه الحاجة إلىٰ تناول المال، فجاز للقاضي أن يستعين[(٤)] بتصرفه، ولا يُثبت يده في المال حتىٰ يأمن عليه.

وجملة هذا: أن الوصي إذا كان [٤٠٨/أ] من أهل الولاية، وكان عدلاً ناهضًا بالتصرف، فإن القاضي لا يجوز له الاعتراض عليه؛ لأنه لو أقام غيره مقامه أقام

(١) «ناهض من نَهَضَ: قام يَقِظًا نشيطًا، ويقال: شباب ناهض: يقِظٌ مهتم بالقيام بواجباته». المعجم الوجيز (نهض).
(٢) في ل (التائبين).
(٣) مَخُوف في ماله، أي: يُخاف أن يُهلِك مالَه وينفقه فيما لا ينبغي». كما في المغرب؛ وفي مختار الصحاح: «لأنه لا يُخيف، وإنما يُخيف فيه قاطعُ الطريق». (خوف).
(٤) في ل (يستغن).

من هو في مثل صفته، فإذا تساويا فمن رضيه الميت أولىٰ، وإن كان فاسقًا متهمًا أخرجه من الوصية، ونصب للميت وصيًّا؛ لأنه غير مؤتمن[1] علىٰ المال، والموصي إنما أوصىٰ إليه لأنه لم [يجرب][2] حاله، ولو علم ذلك لم يوصِ [إليه]، وقد عجز الآن عن [استدراك][3] حقه، فقام القاضي مقامه.

وأما إذا كان عدلاً مأمونًا إلا أنه ضعيف لا ينهض بالتصرف، فإن القاضي لا يخرجه؛ ولكنه يضم إليه غيره؛ لأنه لو تركه لم ينتفع به الورثة لعجزه، ولا يجوز إخراجه؛ لأنه غير متهم، فوجب علىٰ القاضي أن يكمل تصرفه، فيضم إليه غيره[4].

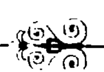


(١) في ل (لأنه متهم).

(٢) في أ (يجز) والمثبت من ل.

(٣) في أ (اشتراك) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل ٥/٤٤٤ وما بعدها.




بَابُ
مقاسمةِ الوصيِّ للورثةِ أو عليهم
وما يجوزُ من التصرفِ عليهم وما لا يجوز من ذلك

قال: وإذا أوصىٰ رجل إلىٰ رجل، وأوصىٰ بالثلث وترك ورثة صغارًا وقاسمَ الوصي أهل الوصية، وأعطاهم الثلث، وأمسك الثلثين للورثة، فهذا جائز، فإن هلكت حصة الورثة من يديه لم يرجع علىٰ أهل الوصية بشيء؛ وذلك لأن الوصي قائم مقام الصغار لولايته عليهم، والموصىٰ له خصم له، والقسمة تصح بين المتخاصمين، فكأن الصغار كانوا كبارًا، فقاسموا الموصىٰ له، صحت القسمة، ولم يرجع واحد منهم علىٰ الآخر بشيء.

قال: فإن كان الوارث كبيرًا أو صاحبُ الوصية كبيرًا غائبًا، وأعطىٰ الوارث الثلثين، وأمسك الثلث لصاحب الوصية، ثم هلك الثلث، فإن لصاحب الوصية أن يرجع علىٰ الوارث بثلث ما بقي في يده؛ لأن الوصي لا ولاية له علىٰ الموصىٰ له، فلم يصح أن يقاسم عنه، فصار وجود هذه القسمة كعدمها، فما هلك هلك علىٰ الحقين، وما بقي بقي عليهما.

قال: وإن كان الوارث هو الغائب فأعطىٰ الوصية صاحب الثلث وأمسك الثلثين، فهلك الثلثان، فإن القسمة جائزة؛ وذلك لأن الوصية[1] تثبت له ولاية علىٰ الكبير الغائب فيما أدّىٰ إلىٰ حفظ المال، وفي المقاسمة وإفراد[2] حقه حفظ

(١) في ل (الموصىٰ له ولاية علىٰ الكبير).
(٢) في ل (وإقرار).



له، فجاز مقاسمته عنه.

وإذا صحت المقاسمة لم يرجع أحدهم على الآخر.

قال: وإن كان الوارث[1] صغيرًا أو كبيرًا فقاسم الموصي الكبير؛ فأعطاه حقه، فهو جائز؛ وذلك لأنه يلي على الصغير، فقام مقامه في القسمة، والكبير يلي على نفسه، فصار كالكبيرين إذا تقاسما.

ولو كانت الورثة صغارًا، فقسم الوصي بينهم، لم تجز القسمة؛ وذلك لأن العقد إنما تمّ به وحده، والقسمة فيها معنى التمليك، وكأنه باع حق أحد الصغيرين لحق الآخر، وهذا لا يجوز.

وإن كانوا كبارًا وبعضهم غائب فقاسم الحاضر، وأمسك نصيب الغائب جاز؛ لما بَيَّنَّا أن الوصي يلي على الغائب في حفظ ماله، والقسمة تؤدي إلى الحفظ، فجازت مقاسمته عن الغائب.

ولو كانوا كلهم كبارًا غيبًا، أو كان فيهم صغير، فيقسم الوصي [وأفرز][2] نصيب كل واحد، لم يجز؛ لأن القسمة لا تصح إلا بين المتقاسمين، فلم يجز أن يليها الوصي بنفسه.

قال: ولو كانا وصيين ليتامى، فقاسم أحدهما، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن من أصلهما أن تصرف أحد الوصيين لا يجوز إلا في الأشياء المخصوصة التي قدمناها، فلم تجز قسمته.

(١) في ل (كانت الورثة صغارًا).
(٢) في أ (وأفرد) والمثبت من ل.



فأما علىٰ قول أبي يوسف: فقسمة كل واحد منهما جائزة، كما يجوز بيعه وتصرفه.

قال: فإن كانا وصيين فمات أحدهما، وأوصىٰ بوصية الميت إلىٰ صاحبه، فهو جائز؛ وذلك لأنه فوض الرأي إليه، فنفذ العقد برأيهما، فكأنه [وكّله][1] في حال الحياة.

وقد روي عنهم: أن ذلك لا يجوز حتىٰ يقيم القاضي مقام الميت وصيًا آخر؛ لأن الميت لم يرض برأي هذا الباقي[2] وحده.

قال: ولو أوصىٰ إلىٰ رجل وعليه دين، فقضاه الوصي بشهود، فلا ضمان عليه؛ وذلك لأنه فعل ما هو مستحق، ألا ترىٰ أن القاضي يجبره علىٰ ذلك، ولأنه قام مقام الميت في مصالحه، ومن مصالحه تعجيل قضاء دينه.

قال: فإن كان قضىٰ بغير أمر[3] قاض، فلَحِقَ الميت بعد ذلك دين، فهو ضامن لحصة من لحق؛ وذلك لأن حقوق الغرماء متعلقة بالتركة، فإذا دفع الوصي إلىٰ أحدهم، فقد دفع [إليه] ما تعلق حق غيره به، فلزمه الضمان.

وأمّا إذا قضىٰ بأمر الحاكم، فلا ضمان عليه، ولكن الغريم الثاني يشارك الأول؛ وذلك لأن [الوصي] زالت يده عما قضاه بغير اختياره، فصار ذلك كالهلاك في يده، فلا يلزمه الضمان.

قال: ولو كان أوصىٰ إلىٰ رجلين، فدفعا إلىٰ رجل دينًا وشهدا له به علىٰ

---

(١) في أ (ملكه) والمثبت من ل.

(٢) في ل (الثاني).

(٣) في ل (قضاء).

الميت ، ثم لحق الميت دين بشهادة غيرهما ، فهما ضامنان لجميع ما دفعا.

ومعنى هذا: أنهما [دفعا إلى رجل] [1] شيئًا بدعواه ، ولم يثبت له ذلك ، ثم شهدا عند الحاكم بذلك الدين ، فشهادتهما لا تقبل ؛ لأنهما ضمنا بالدفع ، ثم شهدا ليسقطا الضمان عن أنفسهما بشهادتهما ، فلم تقبل.

ولو كانا شهدا عند القاضي للغريم ، فقضى بشهادتهما ، وأمرهما بالدفع ، ثم قامت الشهود بعد ذلك بدين لم يلزمهما ضمان ؛ لأنهما لا يدفعان بهذه الشهادة مغرمًا ، ولا يحصلان بها مغنمًا ، فصارا كغيرهما ، فإذا جازت الشهادة صَحّ القضاء ، فلم يلزمهما الضمان.

قال: وإذا شهد وارثان من الورثة [بدين] [2] على الميت ، فهو جائز ؛ فإنهما لا يتهمان في هذه الشهادة ، ألا ترى أنهما يسقطان بها حقًا لهما ، وإذا لم يتهما قبلت شهادتهما.

قال: والوصي مُصَدَّقٌ في كفن الميت فيما يكفن فيه مثله ، يعني أنه إذا قال: قد كفنته من ماله ، أو كفنته من مالي وأراد الرجوع ، صدق ؛ لأن الكفن مستحق ، فإذا فعله [فقد] فعل ما جعل له فعله ، فقبل قوله فيه.

قال: ولو اشترى الوصي الكفن من ماله كان له أن يَرجِع في مال الميت ؛ وذلك لأنه لو اشتراه مطلقًا ، [ثبت] [3] الثمن دينًا في ذمته ، فإذا اشتراه ابتداءً بماله فقد فعل مقتضى العقد المطلق المأذون فيه ، فجاز ، ولم يكن متبرعًا.

---

(١) في أ طمس ، والمثبت من ل.

(٢) في أ (على دين) والمثبت من ل.

(٣) في أ (ثلث) والمثبت من ل.

وكذلك لو كفنه الوارث من ماله رجع بالكفن ؛ لأن الوارث [مأمور][1] بالتكفين ، وله حق في المال ؛ لأن الفاضل منه له ، فإذا فعل ذلك تعجيلاً لأمر الميت لم يكن متبرعًا .

[قال]: ولو قضىٰ الوصي أو الوارث دينًا من ماله بشهودٍ ، كان له أن يرجع في مال الميت ، يعني أن الدين ثابت بشهادة ، فالوصي مطالب به ، فإذا عَجَّلَه من ماله ليتخلّص من المطالبة التي أدخله الموصي فيها لم يكن متبرعًا .

وكذلك الوارث ؛ لأن [الفاضل من التركة][2] له ، وقد يختار تبقية أعيانها لنفسه ، فيقدم الدين بهذا المعنىٰ ، وله في ذلك حق [من قبل أنه هو المأخوذ بالمخاصمة في دين الميت] ، فلم يكن بذلك متبرعًا .

قال: وإذا اشترىٰ الوصي لليتيم الطعامَ [٤٠٨/ب] والكسوة بشهادة الشهود حتىٰ يرجع به في مالهم ، جاز ؛ وذلك لأنه لو أطلق الشراء ثبت الدين في ذمته ، وكان هو بقاء المطالبة بقضائه ، فإذا دفع من ماله فقد فعل مقتضىٰ العقد المأذون فيه ، وإنما اعتبر أن يكون اشترىٰ لهم بشهادة ؛ لأن قول [الوَصِيّ][3] يقبل فيها [إن] زعم أنه أنفقه من مالهم ؛ لأنه مؤتمن فيه ، [فلا يقبل][4] قوله في الرجوع بالدين عليهم ، فلا بد من بينة يشهد بثبوت الأصل .

وكذلك لو شهد علىٰ أداء خراجهم ؛ لأن الخراج مستحق كالنفقة .

---

(١) في أ (مأذون) والمثبت من ل .

(٢) في أ (فاضل التركة) والمثبت من ل .

(٣) في أ (القاضي) والمثبت من ل .

(٤) في أ (ولأن) والمثبت من ل .



قال: ولو كان للميت عنده مال، فقال: أنفقت عليهم منه، جاز؛ لأنه مأذون في الإنفاق، وهو مؤتمن في الحال، فكان القول قوله.

قال في الجامع الكبير: إذا مات وفي يده ودائع لقوم شتّىٰ، وترك مالاً، وعليه دين يحيط بماله، وأوصىٰ إلىٰ رجلين، فعمد أحد الوصيين فقبض المال والودائع من منزل الميت بغير أمر [صاحبه](1)، [أو قبض ذلك بعض الورثة بغير أمر الوصيين] وبغير أمر [بقية الورثة](2)، فهلك ذلك في يده، فلا ضمان عليه؛ وذلك لأن أحد الوصيين يملك الانفراد برد الودائع وقضاء الديون، ولا يتوصل إلىٰ ذلك إلا بقبض المال، فكان مأذونًا فيه.

وكذلك الوارث يملك رد الودائع وقضاء الدين، فإذا قبض المال ليتوصل بقبضه إلىٰ دفع ماله (أن يدفعه)(3) لم يضمن.

قال: ولو لم يكن علىٰ الميت دين، فقبض(4) أحد الوصيين تركته، فضاعت في يده، لم يضمن شيئًا؛ وذلك لأن أحد الوصيين يملك دفع نصيب الورثة إليهم، فإذا قبض ليتوصل بالقبض إلىٰ دفع ما يجوز له دفعه لم يضمن.

قال: فإن قبض أحد الورثة، ضمن حصة أصحابه من الميراث؛ وذلك لأنه [لا] يملك التصرف في نصيبهم، وإنما جوّزوا له بالقبض لما يتوصل به إلىٰ دفع الديون، فإذا لم يكن هناك دين ولا وديعة لم يجز قبضه علىٰ شركائه؛ إذ لا ولاية له عليهم.

---

(1) في أ (الوصيين) والمثبت من ل.

(2) في أ (ورثة البقية) والمثبت من ل.

(3) ساقطة من ل.

(4) في ل (فقضىٰ).

قال: وإن كان المال في موضع يخاف عليه الضياع استحسنت أن لا يضمن؛ لأنه يخاف تلف نصيبه، ولا يمكنه حفظه إلا بحفظ الجميع، فكان مأذونًا فيه.

قال: وإذا مات الرجل وله عند رجل ودائع من ماله ومال أودعه غيره، فأراد وارثه ـ وليس له وارث غيره ـ قبض ذلك، وعليه دين كثير يحيط بماله، فدفع ذلك المستودع إلىٰ الوارث بغير إذن القاضي، فضاع في يد الوارث، فالمستودع ضامن لما دفع إلىٰ الوارث، والوارث ضامن لما قبض، ويُضَمِّن الغرماء وأصحاب الودائع أيّ الرجلين شاؤوا؛ وذلك لأن المال هاهنا في يد صحيحة، والوارث لا يملك التركة لوجود الدين، فلم يستحق القبض.

وليس كذلك[1] المسألة الأولىٰ؛ لأن التركة في منزل الميت، فليس في يد صحيحة غير يد الورثة، فإذا أخذها الوارث [واليد له] لم يضمن.

قال: وإن كان المستودع إنما غصب ذلك غصبًا من الميت بعد موته، كان بهذه المنزلة؛ لأن يد الغاصب يد صحيحة، فلم يجز له القبض منها.

وكذلك لو كان الميت أوصىٰ إلىٰ وصِيَّيْن، فدفع المودع إلىٰ أحدهما، ضمن؛ لأنه ليس لأحدهما أن [يتسلم][2] الودائع؛ لأنها في يد صحيحة، وليس كذلك إذا أخذ من منزل الميت؛ لأنه في حكم يد الميت، فلم يأخذه من يده، فلم يضمن.

قال: وإن ارتفعوا إلىٰ القاضي، وأحد الورثة مأمون، أخذ القاضي المال من يد الغاصب، وتركه في يد الوارث حتىٰ يقضي منه الديون؛ لأن القاضي لا يجوز [له] أن يقر اليد المُتَعَدِّيَة، فلا بد له من نقل المال إلىٰ يد مأمونة، فإن كان

(١) في ل (بخلاف).
(٢) في أ (يسلم) والمثبت من ل.



الوارث مأمونًا وله حق في فاضل المال، كان بالحفظ أولىٰ.

وأما إذا كانَ المال في يد المودع وهو لذلك أهل، لم ينقله القاضي من يده؛ لأنه لو نقله[1]، نقله إلىٰ [يد] من هو في مثل حاله، فمن رضي به الميت أولىٰ. [والله أعلم][2].

(١) في ل (لأنه لم ينقله).

(٢) انظر: الجامع الكبير ص ٢٧٩، ٢٩٧؛ الأصل ٥/٥٢٨ وما بعدها.



بَابُ
الوصيةِ بالنفقةِ

قال: وإذا أوصىٰ أن ينفق علىٰ رجل من ثُلُث ماله عشرة دراهم كل شهر، فإنه يوقف[1] عليه الثلث كله، فينفق عليه في كل شهر عشرة حتىٰ يموت، فإذا مات رجع[2] إلىٰ ورثة الموصي [ما بقي]، وكذلك لو أوصىٰ بنفقة درهم في كل شهر.

وقال أبو يوسف: ينظر مقدار ما يعيش الموصىٰ له غالبًا، فيوقف له من الثلث بحساب ذلك، والباقي للورثة.

وجه قولهما: أن الوصية يجوز أن تستغرق جميع الثلث، بأن يمتد عمر الموصىٰ له أو يهلك بعض الثلث، فتتعلق الوصية بالباقي، وإذا جاز أن تستغرق الثلث وقف عليه جميع ذلك، كما لو كان [أوصىٰ بنفقته][3] مدة عمره.

وجه قول أبي يوسف: أن أكثر ما يعيش الإنسان إليه معلوم بالعادة، فكأنه أوصىٰ له بذلك القدر، [فيوقف][4] عليه.

قال: ولو أوصىٰ أن ينفق علىٰ زيد خمسة دراهم في كل شهر، وعلىٰ عمرو عشرة دراهم في كل شهر، حبس الثلث عليهما نصفين؛ وذلك لأن كل واحد

---

(١) في ل (ينفق).

(٢) في ل (دفع).

(٣) في أ (نفقة) والمثبت من ل.

(٤) في أ (فينفق) والمثبت من ل.



منهما لو انفرد بوصيته وقف عليه[1] جميع الثلث، فإذا اجتمعا، كان الثلث بينهما، كما لو أوصىٰ لكل واحد منهما بالثلث، وأما قوله إنّ الموصىٰ له إذا مات رجع الفاضل إلىٰ الورثة؛ فلأن الوصية بطلت فيه، وما لا وصية فيه من مال الميت لورثته. [والله أعلم][2].

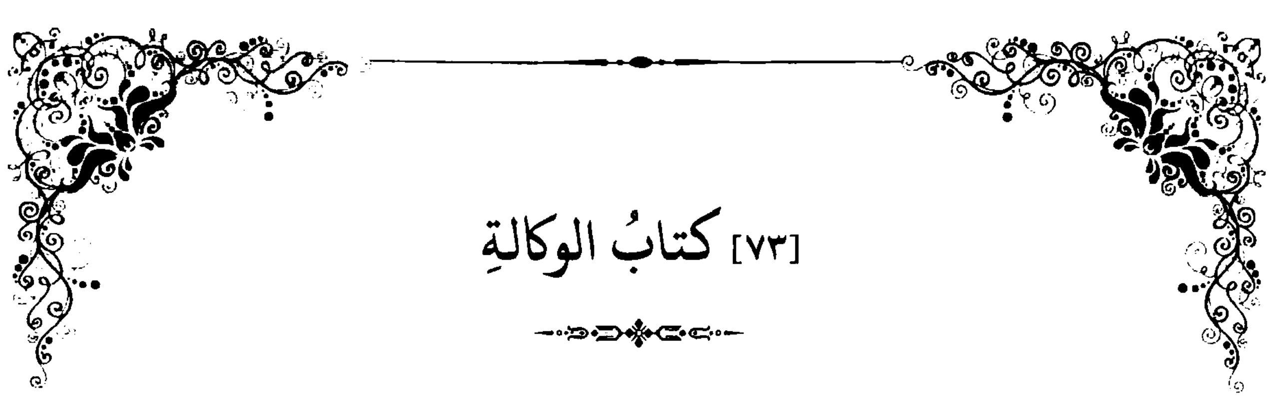
تم كتاب الوصايا

والحمد لله علىٰ دفع البلايا، وصلىٰ الله علىٰ محمد النبي وآله كثيرًا



(١) في ل (عليهما).

(٢) انظر: الأصل ٥/٤٥٩ وما بعدها؛ الجامع الكبير ص٢٩٣.



[٧٣] كتابُ الوكالةِ

قال [الشيخ] ﵀: الوكالة[1] في اللغة: هي الحفظ، ومنه قولهم: (حسبنا الله ونعم الوكيل)، معناه: نعم الحافظ.

قال أصحابنا: إذا قال: وكّلتك في كذا، فهو وكيل في حفظه؛ لأن اللفظ يقتضي الحفظ، فلا يثبت ما زاد عليه إلا بلفظ يقتضيه.

والأصل في جواز الوكالة قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ حكاية إلى قوله: ﴿فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ﴾ [الكهف: ١٩].

وروي «**أنَّ النبي ﷺ أعطى عروة البارقي دينارًا، [وأمره أن] يشتري به أضحيةً**»[2]، وروي عن حكيم بن حزام «**أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري [له شاة]**»[3]، وروي أن رجلاً طلب من رسول الله ﷺ شيئًا وأخذ هدبة من ثوبه، وقال: «**إنه وكيلي بخيبر، وقل له بعلامة هذه فليعطك**»[4]، ووكَّل علي بن أبي طالب أخاه عقيلاً، ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر ﵄، وهذه بحضرة الصحابة، من غير نكير ولا خلاف في هذا بين الأمة.

---

(١) الوكالة في اللغة: التفويض إلى الغير، وردّ الأمر إليه.
وفي الاصطلاح: إقامة الغير مقام النفس فيما يقبل النيابة من التصرفات.
وفي الجوهرة: «عبارة عن إقامة الغير مقامه في تصرف [جائز] معلوم». ص٣٨٣.

(٢) أخرجه البخاري (٣٤٤٣).

(٣) حديث حكيم أخرجه أبو داود (٣٣٨٦)؛ والبيهقي في الكبرى ٦/١١٢؛ والدارقطني في سننه ٣/٩؛ الدراية ٢/١٧٤.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه من حديث جابر، ٤/١٥٤؛ وأورده ابن حجر في تغليق التعليق، ٣/٤٧٦.



بَابُ
جملة ما تجوزُ فيه الوكالةُ

قال أبو الحسن: الوكالة جائزة في كل ما يجوز تمليكه، وأن [يكون] يوجب فيه الحقوق، وما لا يجوز تمليكه وإيجاب[1] الحقوق، فالوكالة فيه لا تجوز.

قال: وهذا الذي قاله صحيح في الوكالة وإسقاط الحقوق واستيفائها؛ لأن ما جاز تمليكه وإيجاب الحق فيه، جاز التوكيل ببيعه وشرائه وقبضه، وأما الخصومة في [الحدود][2] فلا يدخل في هذا الحد؛ لأن الحد لا يجوز تمليكه ولا إيجاب الحق فيه.

وتجوز الوكالة بالخصومة فيه عند أبي حنيفة ومحمد.

والوجه [فيه] أن يقال: ما جاز تمليكه وإيجاب الحق فيه جاز التوكيل به، ويعني بذلك: أن التوكيل يجوز تمليكه، وتملكه، واستيفاؤه، والخصومة [فيه].

وما لا يجوز تمليكه ولا إيجاب الحق فيه، لا يجوز التوكيل في استيفائه، ويجوز بالخصومة فيه عند أبي حنيفة ومحمد.

وإنما جاز التوكيل بما جاز إيجاب الحق فيه؛ لأن التوكيل إيجاب لحق الوكيل فيما وكّل فيه؛ ولأن الناس يوكلون في البيع والشراء والصلح والقبض والخصومة في الأموال في سائر الأعصار من غير نكير.

---

(١) في ل (وما لا يوجب فيه الحقوق).

(٢) في أ (الحقوق) والمثبت من ل.



وأما ما لا يجوز تمليكه ولا إيجاب الحق فيه كالحدود والقصاص، فلا يجوز التوكيل في استيفائها عندنا مع غيبة الموكل، وقال الشافعي: يجوز[1].

لنا: أنه استيفاء الحد بما قام مقام [الغير][2]، فصار [كاستيفاء الحدّ][3] بالشهادة على الشهادة؛ ولأن [الوكيل][4] يستوفي مع الشبهة؛ لجواز أن يكون الموكِّل قد عفا، والقصاص لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة.

وقد كان القياس [ينبغي]: أن لا يجوز التوكيل بالاستيفاء مع حضور الموكل في المجلس؛ لأنه استيفاء بما قام مقام الغير، وإنما استحسنا؛ لأنا لو لم نجوّز النيابة فيه لبطل الحد والقصاص؛ لأن المستحق لا يحسن الاستيفاء، فلا بد من أن يستنيب[5] من يقدر على ذلك؛ ولأنه استوفى مع الشبهة، ألا ترى أن الموكل لو عفا لأظهر العفو؛ ولأن ما يستوفيه الوكيل بحضرة موكله، فكأنّ الوكيل فعله؛ بدلالة ما قالوا: إن الوكيل بالبيع لا يجوز أن يوكِّلَ، فإن وكّل من باع[6] بمشهد منه جاز، فكأنّه باع بنفسه.

وكذلك قالوا في الولي إذا حضر مع الزوج وشاهدين فقال لأحد الشاهدين:

(١) قال الشافعي في الأم: «إذا وكّل الرجلُ الرجلَ بطلب حد له أو قصاص، قبلت الوكالة على تثبيت البينة، فإذا حضر الحد أو القصاص، لم أحده، ولم أقصص حتى يحضر المحدود له والمقتص له..». ص٦٠٩.
وقال العثماني: «وتصح الوكالة في استيفاء القصاص عند مالك، والشافعي على الأصحّ من قوليه..». انظر: رحمة الأمة ص١٣٤.

(٢) في أ (العين) والمثبت من ل.

(٣) في أ (كالاستيفاء) والمثبت من ل.

(٤) في أ (التوكيل) والمثبت من ل.

(٥) في ل (يثبت).

(٦) في ل زيادة (وكيله).



زوّج، [فقد][1] صَحَّ العقد، وكان العاقد شاهدًا تقبل شهادته في إثبات النكاح؛ لأنهم جعلوا عقده كعقد الولي.

وأما الوكالة في إثبات الحدود والقصاص والخصومة فيها، فيجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يجوز[2].

وجه قولهما: أنها وكالة في إثبات حق كالوكالة في إثبات الديون؛ ولأن [المانع][3] من التوكيل بالاستيفاء أنه لا يستدرك بعد استيفائه، فلا يجوز أن يفعل مع الشبهة، وهذا غير موجود في الإثبات؛ لأن استدراكه ممكن، فصار كسائر الحقوق.

ولأبي يوسف: أن إثبات الحدود بما قام مقام الغير لا يجوز، كالشهادة على الشهادة؛ ولأن الإثبات يحتاج[4] إليه الاستيفاء، فإذا لم يجز الاستيفاء بالوكالة، فكذلك الإثبات[5].

٢٨٠٣ـ فَصْل: [الوكالة في العقود التي تتعلق بها الحقوق]

قال أبو الحسن: ومن هذه الوكالات الجائزة: ما لها حقوق تلزم، فمنها ما يكون حقوقه للوكيل وعليه، ومنها ما يكون حقوقه للموكل وعليه، وإذا كانت وكالة [يعقد][6] فيه بدل فهو على وجهين: ما كان يستحقه كل واحدٍ من

(١) في أ (بعقد) والمثبت من ل.
(٢) انظر: الجامع الصغير، ص ٤٠٧، (عالم الكتب).
(٣) في أ (المنافع) والمثبت من ل.
(٤) في ل (لا يحتاج).
(٥) انظر: الأصل ٢٠٧/١١ وما بعدها.
(٦) في أ (العقد) والمثبت من ل.



المتعاقدين يجوز أن يقلد[1] إلىٰ غيره، فالحقوق التي يوجبها [ذلك] العقد للوكيل وعليه.

وإذا كان مما وقع عليه العقد ما لا يجوز أن يقلد[2] مستحقه إلىٰ غيره، ولا أن يوجب فيه حقًا لغيره، فحقوق ذلك العقد للموكل وعليه.

وإنما قال أبو الحسن: إن من الوكالات ما لها حقوق تلزم؛ لأن [منها ما لا حقوق له][3] إلا ما أمر به، كالوكالة بتقاضي الدين، والوكالة بالملازمة لا تقتضي الحقوق، وأكثر ما سمي فيها.

ومن الوكالة ما يتعلق بها حقوق كالوكيل بالبيع الذي يلزم التسليم، ويستحق قبض الثمن، ويخاصم في العيب.

ثم العقود التي تتعلق بها حقوق تنقسم إلىٰ القسمين اللذين ذكرتهما، فهذا القسم [الذي] خصّه بالوكيل حتىٰ لا يدخل فيه القاضي وأمين القاضي.

ولم يحترز عن توكيل الصبي والعبد والمحجور؛ لأنه جعل التقسيم للعقد، ولم يجعله للعاقد، وعقد البيع في الجملة يتعلق حقوقه بالعاقد، وإذا كان في العاقدين من هو لا يتعلق به الحقوق لمعنىٰ يختص به.

والدليل علىٰ أن هذه العقود تتعلق حقوقها بالعاقد: أنه أضاف العقد إلىٰ نفسه، وهو ممن يلزمه الضمان بعقده، وإيجاب الضمان عليه لا يبطل السبب الذي ملك به التصرفَ، فصار كالعاقد لنفسه، ولا يلزم علىٰ هذا الصبي المحجور

---

(١) في ل (ينقله).

(٢) في ل (ينقله).

(٣) في أ (فيها ما لا يجوز له) والمثبت من ل.

[والمجنون]؛ لأن الضمان لا يتعلق بعقودهما، ولا القاضي و[لا] أمينه؛ **لأنّ** إيجاب الضمان عليهما يبطل السبب الذي ملكا به التصرف، وهو العطاء[1]؛ ولأن عقد التصرف يجوز بين الوكيلين مع غيبة الموكلين.

فلولا أن الحقوق تتعلق بهما لم يجز العقد، كما لا يجوز بالرسول، **ولا** يقال عقد التصرف ينعقد بالصبي المحجور، وأمين القاضي، وإن لم **تتعلق** الحقوق بهما؛ لأنه لا يتعلق بهما الضمان، وإن تعلقت بهما الحقوق، **بدلالة** أنهما يجبران على التسليم والتسَلُّم، وهذا من حقوق العقد.

وهذا القسم قد اشتمل على هذه البياعات، والأشربة، **والإجارات**، والصلح الجاري مجرى البيع.

وأما (ما لا يجوز أن [ينقله][2]) مستحقه إلى غيره، ولا أن يوجب **فيها حقًا** لغيره، فحقوقه تتعلق بالمعقود له: كالنكاح، والخلع، والطلاق على **مال**، والصلح من دم العمد، [والعفو][3] على مال، [٤٠٩/ب] والصلح للإنكار.

والدليل على أن حقوق هذه العقود لا تتعلق بالعاقد: أن الوكيل لا **يضيف** العقد إلى نفسه، وإنّما يضيفه إلى موكله، فصَار كالرسول له، **فلا تتعلق** به الحقوق؛ لأن القائل أحد قائلين:

إما من قال: إن الحقوق تتعلق بالموكل بكل حال.

أو من قال: إنها تتعلق بالوكيل في العقوبة التي يضيفها إلى نفسه، **فصار**

(١) في ل (القضاء).
(٢) في أ (يتقلده) والمثبت من ل، وفي ل (ما لا يصلح أن ينقله).
(٣) في أ (العتق) والمثبت من ل.

هذا موضع إجماع.

وقد كان أبو الحسن يقول: إن الملك في الشراء ينتقل إلىٰ الوكيل، ومن جهته ينتقل إلىٰ الموكِّل.

وقال أبو طاهر الدبّاس: ينتقل الملك ابتداءً إلىٰ الموكل.

وجه قول أبي الحسن: أن الوكيل إذا خالف لزمه الشراء، فلو كان الملك لا ينتقل إليه لم يلزمه بالمخالفة، كما لا يلزم الوكيل بالنكاح إذا خالف، فلما انتقل الملك في الشراء إذا خالف، دل علىٰ أنه ينتقل [إليه] وإن لم يخالف، ولا يلزم [العبد] والصبي والمحجور؛ لأنهما إذا خالفا لم ينتقل الملك إليهما، ولا يلزم القاضي إذا عقد علىٰ وجه لا يجوز علىٰ الصغير، أن المعقود عليه ينتقل إليه، وإن كان لو لم يخالف لم ينتقل؛ لأن من أصحابنا من قال: إن الملك ينتقل إلىٰ القاضي، وإما لا يلزمه الضمان.

ويجوز أن يقال: إن القاضي إذا [عقد][1] العقد علىٰ وجه لا يجوز، خرج من القضاء، فصار عقده كعقد الوكيل، فإن فعل ذلك ساهيًا لم يخرج من الولاية، فلم ينقل الملك إلىٰ الوكيل[2]، كما لا ينتقل إلىٰ المحجور إذا خالف.

فأما أبو طاهر فقال: لو انتقل [الملك][3] إلىٰ الوكيل لعتق ذوو أرحامه، وذوو محارمهم إذا اشتراهم بالوكالة؛ لأنه ملكهم.

والجواب: أنهم لا يعتقون؛ لأن ملك الوكيل لا يستقر، ألا ترىٰ أن السبب

(١) في أ (اعتمد) والمثبت من ل.
(٢) في ل (إليه).
(٣) في أ (إلىٰ انتقل) والمثبت من ل.




الموجب لانتقال ملكه قائم، والعتق يقع عقيب الملك [المستقر]، وفي تلك الحال الملك [منتقل][1] غير ثابت، فلذلك لا يعتق عليه.

وهذا كما قال أصحابنا: إنّ من تزوج أمةً، ثم تزوج حُرَّةً على رقبتها، فأجاز مولاها جاز، وصارت مهرًا للحرة، ولا ينفسخ النكاح بينها وبين الزوج، وإن كان الملك منهما ينتقل إلى الزوج ثمّ ينتقل منه إلى الحرة؛ إلا أنه لما انتقل انتقالاً غير مستقر لا يفسد النكاح بينه وبينها[2].



(١) في أ (ينتقل) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٢٥٩/١١ وما بعدها.



بَابُ
الوكالةِ في الهباتِ والصدقاتِ والعَوَاري والوَدَائع والشِّرَاء والرَّهن وما في معناها مِمَّا ليس له أبْدَال

قال أبو الحسن: وإذا وَكَّلَ رَجُلٌ رجلاً بأن يهب عبده لرجل بعينه، أو يتصدق به عليه، أو يعيره إياه، أو يودعه، أو يرهنه، فقبض الوكيل العبد، ففعل فيه ما أمره به الموكل، فذلك جائز على الموكل، [وليس للوكيل المطالبة بردّ شيء من ذلك إلى يده، ولا يقبض شيء منه، وذلك إلى الموكِّل]، وليس للوكيل في الهبة أن يرجع فيها، ولا أن يقبض الوديعة من المودع، ولا العارية من المستعير، ولا القرض ممن هو عليه، ولا الرهن من المرتهن.

وإن كانت هذه الوكالة من الملتمس لذلك من المالك، فوكّل رجل رجلاً أن يرتهن عبد فلان بدينه، أو يستعير دابة له، أو يستقرض له ألفًا، فإن الوكيل في ذلك يضيفه إلى يد موكله، ولا يضيف إلى نفسه، فيقول: إن زيدًا يستقرض منك ألفًا، أو يستوهبك عبدك، أو يستوهبك ما لك عليه من الدين، أو يستعير منك.

وإنما لم تتعلق حقوق هذه العقود بالعاقد؛ لأنه لا يضيفها إلى نفسه، ألا ترى أنه يقول: وهب لك موكلي كذا، أو رهنك أو أعارك، أو أودعك، وإذا لم يضف العقد إلى نفسه لم يتعلق [حقوقه][1] به، كما لا يتعلق بالرسول.

وكذلك وكيل الملتمس، يضيف العقد إلى موكله [دون نفسه]، فلا تتعلق

(١) في أ، ب (تصرفه) والمثبت من ل، فيدل عليه السياق.



حقوقه به.

فإن أضافه إلىٰ نفسه فقال: هب لي، أو أعرني، أو أقرضني، أو تصدق علي، فذلك كله للوكيل دون الموكل؛ لأن إضافةَ العقد في الهبة إلىٰ نفسه يقتضي انتقال الملك إليه، فلا يجوز أن ينتقل بالوكالة بعد ذلك إلىٰ موكله(١)؛ لأنها إنما تنتقل في الشراء بالضمان من الموكل للثمن، ولا ضمان في الهبة ينتقل به الشيء إلىٰ الموكل.

وأما القرض، [فالمقبوض](٢) تابع بما في ذمته بما يأخذ، ولا يجوز أن يستحق بالعوض غيره بالوكالة، كما لو قال: وكلتك بأن تبيع مالك علىٰ أن ثمنه لي، لم تجز.

قال: وكذلك [الوكالة] بالشركة والمضاربة؛ لأنه لا يضيف العقد إلىٰ نفسه، وإنما يضيف الىٰ موكله، فحقوقه لا تتعلق به(٣).



(١) ورد هنا في أ، ب عبارة: (لأنها إنما تنتقل بالوكالة بعد ذلك إلىٰ موكله)، وهي ساقطة من ل، فسياق العبارة يدل علىٰ إقحامها هنا بين العبارتين، وصحة ما ورد في ل. والله أعلم.
(٢) في أ (فالقرض) والمثبت من ل.
(٣) انظر: الأصل ٣٤٦/١١.

بَابُ
الوكالة في الخصومة



قال أبو الحسن: الوكالة في الخصومة جائزة في جميع الحقوق التي تجوز المطالبة بها، كان الطالب الموكل بذلك أو المطلوب في قول أبي حنيفة ومحمد، وكذلك قال أبو يوسف، إلا الخصومة في الحدود والقصاص واللعان، فإنه لم يجز الخصومة في ذلك.

والأصل في جواز التوكيل بالخصومة: ما روي أن عليًا ﷺ وكَّلَ عقيلاً بالخصومة، ثم وكَّل بعده عبد الله بن جعفر، وكان لا يحضر الخصومة ويقول: إن لها [قُحَمًا][1] وإن الشيطان يحضرها.

وأما الخصومة في الحدود والقصاص فقد بَيَّنَّا الكلام فيها، واللعان من مقتضى القذف، كالحد.

قال: وكان أبو حنيفة لا يقبل الوكالة في الخصومة من حاضر في المصر صحيح، فإن كان مريضًا أو غائبًا عنه قبل وكالته في الخصومة.

قال معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا تقبل الوكالة في الخصومة من رجل ولا امرأة بكر وإن كانت شريفة إلا من عذر مرض أو غيبة.

وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك جائز.

---

(١) في النسخ (لفحا) وفي البدائع (لحمًا) ٦/٢٢؛ وابن شبّة في أخبار المدينة (لحمى) ٢/١٤٧؛ والمثبت ما ذكره ابن الأثير في النهاية والزمخشري في الفائق (قمح).

وجه قول أبي حنيفة: قوله ﷺ: «**من وليَ القضاء بين اثنين فليسوِّ بينهما في مجلسه والنظر**»، وقال [العليّ]: «**لا تسمع من أحد الخصمين حتىٰ يحضر الآخر**»[1]؛ ولأن الخصومة حق يلزم المطلوب يختلف باختلاف من يتولاه، ولا يجوز أن يحيل به علىٰ غيره إلا برضا صاحب الحق، كالدين.

وجه قولهما: ما وري أن عليًّا ﷺ وكّل في الخصومة، ولم ينقل أنه طلب رضا الخصم؛ ولأنه توكيل في حق، فصار كالتوكيل باستيفاء الدين، فأما الخصم المريض الذي لا يقدر علىٰ الحضور[2]، فيجوز توكيله؛ لأن الحضور[3] لا يلزمه مع تعذره، وإذا أسقط الحضور عنه انتقلت الخصومة إلىٰ ما قامَ مقامه (كالميت)[4].

فأما الغائب علىٰ مسافة يقصر فيها الصلاة، فالحضور لا يلزمه؛ لأن في تكلف السفر [٤١٠/أ] مشقّةً، وإذا أسقط الحضور عنه جاز أن يوكل.

فأما المرأة، فكان أبو بكر الرازي يقول: إذا كانت غير برزة جاز لها أن توكل؛ لأنها لم تألف خطاب الرجال، فإذا حضرت مجلس الحكم انقبضت، فلم تنطق بحجتها، ويلحقها بذلك ضرر.

وقال أبو بكر: وهذا شيء استحسنه المتأخرون من أصحابنا، فأما ظاهر الأصل فيقتضي خلاف ذلك، وقد كان ابن أبي ليلىٰ يقول: يجوز توكيل البكر؛ لأن البكر تستحي في العادة، ولا يجوز توكيل الثيب؛ لأنها لا تستحي.

(١) أخرجه أبو داود عنه بلفظ (فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتىٰ تسمع من الآخر كما سمعت من الأول...) (٣٥٨٢).

(٢) في ل (الخصومة).

(٣) في ل (الخصومة).

(٤) ساقطة من ل.



قال: وإذا صَحَّت الوكالة بالخصومة، جاز إقرار الوكيل علىٰ موكله، كما يجوز إقرار الموكل علىٰ نفسه إذا [كان] إقراره بذلك عند الحاكم [الذي يخاصم إليه، فإن كان إقراره] عند غير الحاكم، لم يجز ذلك علىٰ موكله، وخرج من الوكالة بعد إقراره، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عند الحاكم وغيره، وهو قوله الآخر.

وقال زفر: لا يجوز [إقراره] بحال.

وجه قولهما: أن الموكل أقامه مقام نفسه في الخصومة، فإذا كان [هو] يملك الإقرار والإنكار فكذلك وكيله؛ ولأنّه وكّله بالجواب، وذلك يكون تارة بالنفي، وتارة بالإثبات، فإذا ملك أحدهما بمطلق الوكالة، كذلك الآخر؛ ولأنه إقرار يسقط به الحق، فإذا أقر به الوكيل جاز أن يلزم الموكل، كما لو قال: قبضت أنا.

وجه قول زفر: أن إقرار الوكيل لا يجوز بحال؛ لأنه أقامه مقام نفسه في الخصومة، والإقرار ضد الخصومة؛ ولأنه لو وكّله بالإقرار لم يصح مع التصريح به، فلأن لا يملك ذلك من غير تصريح أولىٰ.

وقد قال الطحاوي: إنهم لا يختلفون أن الخصم لو قال: ما أقَرَّ به فلان عليّ فقد التزمته، لم يصح إقراره عليه.

وهذا غير مُسلَّم؛ لأن محمدًا ذكر في آخر الوكالة أنه إذا وكّله بالإقرار عليه جاز.

وإن التزم علىٰ ما قدمنا إقرار الوَصِيِّ، قلنا: هو قائم مقام الصغير، فلا يجوز

إقراره، كما لا يجوز إقرار الصغير، أو قائم مقام الميت، وإقرار الميت على الصغير لا يجوز.

فإن التزم الوكيل بالخصومة في القصاص إذا أقرّ أن موكله [قتل][1]، قلنا: إقراره جائز عليه، إلا أنه قام مقام إقراره، والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير.

وإذا ثبت جواز إقرار [الوكيل]، قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز بغير حضرة الحاكم؛ لأنه وكله بالخصومة، [والخصومة] ما كان بحضرة القاضي، وما لم يكن بحضرته فليس بخصومة؛ ألا ترى أن المدعي لو استحلف المدعى عليه عند غير القاضي لم تنقطع الخصومة، فإذا لم يكن [وكيلاً][2] بغير حضرة القاضي، فقد أقر في حالة لم يوكل فيها، فلا يجوز إقراره.

لأبي يوسف: أنه أقامه مقام نفسه، وهو يملك الإقرار بحضرة القاضي وبغير حضرة القاضي، فكذلك وكيله في الوجهين، وكل من لم يُجَوّز إقرار الوكيل، أبطل وكالته بإقراره؛ لأن الإقرار قد تضمن أمرين: أحدهما: إسقاط حق الموكل، فالوكيل لا يملك ذلك. والآخر: إسقاط [حق] الوكيل من الخصومة، وهو يملك ذلك.

فإن قيل: أليس لو وكَّله على أن [لا][3] يقر عليه جاز، فلو كان الإقرار من مقتضى الوكالة لم يجز استثناؤه، كما لا يجوز إذا وكله بالبيع على أن لا يتعلق به الحقوق.

---

(١) في أ (قبل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (موكلاً) والمثبت من ل.

(٣) ما بين المعقوفتين مزيدة من ل.

قيل له: إن الإقرار ليس بحق للوكيل، وإنما يملكه بإطلاق الوكالة، فصار التوكيل بالخصومة، كالوكالة بالخصومة والإقرار، فإذا استثنى أحدهما جاز.

وأما حقوق البيع، فهي حق للوكيل يملكها بمقتضى عقده، حتى لا يصحَّ عزله عنها بعد البيع؛ فلذلك لم يجز استثناؤها من العقد، وبه قال محمد في الزيادات.

ولو وكله واستثنى[1] الإقرار جاز [ولم يفصل، وروى ابن سماعة عن محمد: أن الطالب] لو وكل المطلوب واستثنى الإقرار لم يجز؛ لأن الطالب لا يجبر على الخصومة، فله أن يوكل بشيء دون شيء، والمطلوب يجبر عليها، فلا يملك التوكيل بما فيه إضرار بالطالب.

٢٨٠٤ـ فَصْـل: [الوكيل في الخصومة في المال وكيل في القبض]

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بالخصومة في مال، فهو وكيل في قبضه، وقال زفر: لا يملك القبض.

وجه قولهم: أن المقصود بالخصومة الاستيفاء، ومقصود الوكالة من حقوقها، ومن وَكّل بشيء فهو وكيله بحقوقه، كالوكيل بالبيع أنه وكيل بالرد بالعيب.

وجه قول زفر: أنه قد يوكل بالخصومة من لا يُؤتمن على القبض، فلم يكن التوكيل بأحدهما توكيلاً بالآخر.

وأما الوكيل [بتقاضي الدين][2] فله القبض؛ لأن المقصود بالتقاضي القبض، فصار من حقوقه.

---

(١) في ل (إذا وكّله على أن لا يقر عليه).

(٢) في أ (بالتقاضي) والمثبت من ل.

وأما الوكيل بقبض الدين فهو وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة ، وقالا : ليس بخصم ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة .

لأبي حنيفة: أنه موكل بأخذ الشيء من ملك الغير ، فصار كالوكيل بالأخذ بالشفعة .

وجه قولهما: أنه قد يصلح للقبض من لا يصلح للخصومة ، فلم يكن [رضاه بقبض الدين](١) رضًا بخصومته .

وأما الوكيل بقبض العين ، فليس بوكيل في الخصومة في قولهم ؛ لأنه موكل بالنقل ، فصار كالوكيل بنقل الزوجة .

وقد قالوا في الوكيل بالملازمة: إنه لا يملك القبض ، وقد قالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب والقسمة: إنه يملك الخصومة ؛ لأن الشفعة والقسمة لا تتوصل إليهما إلا بالخصومة ، وكذلك الرد بالعيب ، فصار ذلك من حقوقها .

وقد قالوا في الوكيل بقبض العين: إذا أقام الذي في يده العين البينة أن الموكل باعه إياها ، سُمعت البينة في منع الوكيل من القبض ، ولا يثبت بها [البيع](٢) ؛ لأن الوكيل بقبض العين ليس بخصم ، فلا يقوم مقام الموكل في سماع البينة ؛ إلا أن بهذه البينة تتضمن إسقاط حق الوكيل من النقل ، فجاز سماعها في إسقاط حقه من ذلك .

٢٨٠٥ - فَصْل: [شهادة الوكيل بالخصومة لموكله بعد العزل]

قال: وإذا وكّل رجلٌ رجلاً بخصومة في شيء ثم عزله موكله عن الخصومة

(١) في أ (رضًا بقبضه بالدين) والمثبت من ل .

(٢) في أ (المنع) والمثبت من ل .



فيه، ثم شهد الوكيل للموكل بذلك الشيء، فإن ابن سماعة روىٰ عن محمد في نوادره: في رجل [وكّل رجلاً في] طلب كل حق له قِبَل فلان، ثم أخرجه [موكله][1] من الوكالة، ويخاصم هو والمطلوب، فشهد له الوكيل، قال: شهادته جائزة.

وقال أبو يوسف: إذا شهد [له] بالوكالة[2] وقَبِلَ الوكيل، ثم أخرجه من الوكالة لم تجز شهادته، وهذا فرع علىٰ مسألة الإقرار.

فعند أبي حنيفة ومحمد: أن الوكيل لا يصير خصمًا إلا بحضرة القاضي؛ فلذلك لا يجوز إقراره بغير حضرته، فإذا لم يصر خصمًا حتىٰ عزل صار كالأجنبي، فتقبل شهادته.

فأما علىٰ قول أبي يوسف: فهو خصم [خاصم أو][3] لم يخاصم، فلم تجز شهادته فيما هو خصم فيه.

قال: وإذا خاصم إلىٰ القاضي ثم أخرجه الطالب، لم تجز شهادته له بحقٍّ قد كان له عليه يوم وكله أو حدث له بعد ذلك عليه؛ لأنه موكل في طلب كل الحقوق، فإذا أجاز له القاضي الوكالة، فهو خصم فيما خاصم فيه وما لم يخاصم [فيه]، فلا تقبل شهادته.

قال: فإن أخرجه بعدما خاصم، ثم حدث للموكل حق بعد إخراج الوكيل من الوكالة، فشهادة الوكيل تجوز عليه؛ لأن هذا الحق لم يكن هذا الوكيل فيه خصمًا، فشهادته [فيه] مقبولة.

---

(١) في أ (مكانه) والمثبت من ل.

(٢) في ل (له به الوكيل).

(٣) الزيادة من ل، وفي أ (لو).

قال: ولكل من الخصمين أن يعزل وكيله من الوكالة بعد وكالته، وليس لخصمه منعه من ذلك، إلا أن يكون خصمه طالبه بإقامة وكيل في خصومته فأجابه إلىٰ ذلك، فلا يكون له أن يخرجه إلا بمحضر من خصمه؛ وذلك لأن الوكالة حق للموكل، فإذا لم يتعلق بها حق غيره فهو بالعزل يسقط عن نفسه، فجاز له ذلك، فإذا تعلق به حق غيره مثل من [٤١٠/ب] وكّل في الخصومة بمطالبة خصمه، فليس له أن يعزله إلّا بحضور خَصمه؛ لأن في ذلك إسقاط حق الخصم، ألا ترىٰ أنه يعزله ويغيب، فلا يقدر خصمه إلىٰ إثبات حقه.

وعلىٰ هذا قالوا في الوكالة المشروطة في عقد الرهن: إن الراهن لا يملك عزل الوكيل لما في ذلك من إسقاط حق المرتهن.

قال: وَكُلُّ خصومة وجبت للمضارب أو لشريك شركة عِنَان، أو مُفَاوَضَة، أو لعبد مأذون له في التجارة، أو لمكاتب، فإنّ لكل واحد من هؤلاء أن يوكل في خصومة من له [في] قِبَلِهِ خصومة؛ لأنهم [يملكون][1] الخصومة فملكوا التوكيل بها، كما ملك الإنسان في حق نفسه.

والذِّمِّي بمنزلة المسلم في ذلك؛ لأن الوكالة من حقوق الملك، والذمي يملك ما يخاصم فيه، فملك أن يوكل.

قال: وتوكيل المرتد في حال ردته موقوفة، فإن أسلم جازت، وإن قُتِلَ أو لَحِقَ بدار الحَرْبِ وحُكِمَ بلِحَاقِهِ بطلت.

وقال أبو يوسف ومحمد: وكالته جائزة حتىٰ يُقْتل أو يَمُوت، أو يُحْكَمَ بلحاقه.

(١) في أ (لأنهم لا يملكون) والمثبت من ل.



وهذا فرع على اختلافهم في أملاك المرتد، فعند أبي حنيفة: أنها تزول في آخر جزء من أجزاء إسلامه[1]، وذلك مراعىً حتى يقتل أو يلحق [بدار الحرب]، وكذلك توكيله؛ لأن التوكيل تصرفٌ في ماله، فهو كسائر وجوه التصرف.

فأما على قولهما: [فلأن] أملاكه باقية، وتصرفه جائز، (وتوكيله جائز)[2].

وأما إذا وكل المسلم مرتدًا جاز؛ لأن الوكيل لا يتصرف في ملك نفسه، وإنما يتصرف في منافعه، ولا حق لورثته فيها.

وأما المرتدة فتوكيلها جائز في قولهم؛ لأن ردتها لا تغير حكم ملكها فهي كالمسلمة.

قال: وإن ارتد [الوكيل] ولحق بدار الحرب، انقطعت وكالته ما دام في دار الحرب، فإن عاد لم يعد حتى يجددها في قول أبي يوسف.

وقال محمد: تعود الوكالة إذا عاد إلى دار الإسلام مُسلمًا.

وإنما لم يجز تصرفه بعد لحاقه؛ لأن اختلاف الدارين يمنع من ثبوت الأحكام بينهما، فتعذر التصرف.

وأما إذا عاد فوجه قول أبي يوسف: أن الوكالة عقد، فإذا أبطل باللحاق لم يعد كالنكاح؛ ولأن لحاق المرتد كموته، فتبطل وكالته، فلا يعود بعد ذلك.

لمحمد: أن الردة لا تنافي الوكالة، وإنما لم يجز تصرف الوكيل لتعذر ذلك في دار الحرب، فإذا عاد أمكن التصرف، فجاز، فصار هذا كمن وكل رجلاً أن

---

(١) في ل (حياته).

(٢) ساقطة من أ.

يبيع له عبدًا بالكوفة، فخرج الوكيل إلى البصرة، ليس له أن يبيع العبد، فإذا عاد إلى الكوفة كان على وكالته.

وأمّا إذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب، ثم عاد مسلمًا لم تعد الوكالة في قولهم المشهور، وروي عن محمد: أنها تعود.

وجه قولهم: أن اللحاق كالموت، ولو مات بطلت الوكالة ولم تعد، كذلك هذا؛ ولأن الأملاك زالت بالحكم بلحاقه، فبطلت الوكالة المتعلقة بها.

لمحمد: أن الوكالة بطلت بزوال الأملاك، فإذا عاد مسلمًا عادت أملاكه، فعادت لحقوقها، كما قالوا فيمن وكّل رجلاً ببيع عبده، ثم باع الموكل العبد، انعزل الوكيل، فإن رد العبد بعيب بقضاء، عادت الوكالة؛ لأن الملك الأول عاد، ويرد[1] بحقوقه.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: في رجل وكّل رجلاً بقبض ألف في صَكٍّ على رجل، وغاب الطالب فجاء الوكيل فأثبت الوكالة، والمطلوب مقر بالألف يدَّعي أنه قد أوفاها الطالب: لم يكن على الوكيل أن يجيء بالطالب حتى يحلف، ولم يكن عليه أن يجيء ببينة، ولكن يقال للمطلوب: ادفع [إليه] هذه الألف، واتبع [الطالب][2] باليمين، فإن حلف، وإلا رجعت عليه.

وذلك لأن عقد المداينة قد أوجب القضاء، وذلك حق ثبت للوكيل، فإذا ادعى المطلوب الإيفاء فهو يسقط حقًا ثابتًا بأمر يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، ولا يجوز ذلك.

---

(١) في ل (فعادت بحقوقها).

(٢) في أ (المطلوب) والمثبت من ل.

وعلىٰ هذا قالوا في الوكيل بطلب[١] الشفعة: إذا ادعىٰ المشتري أن الموكل [نزل][٢] عنها، قيل له: سَلِّم الدار إلىٰ الوكيل واتبع أنت الشفيع [باليمين]؛ لأن عقد البيع لا يقع إلا موجبًا للشفعة، فلم يصدق في إسقاط حق ثابت بالدعوىٰ.

فأما الوكيل بالرد بالعيب: إذا ادعىٰ البائع أن المشتري قد رضي، فإنه لا يرد السلعة حتىٰ يحضر الموكل، فيحلف؛ ولأن عقد البيع قد يقع غير موجب للرد، بأن يشتري ما قد علم بعيبه، فلم يتيقن ثبوت الحق، فوجب أن تقف الخصومة علىٰ يمين المشتري.

قال: فإن أراد المطلوب أن يحلف الوكيل ما يعلم أن الطالب قد استوفىٰ الألف منه، لم يكن له أن [يحلفه][٣] في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر: أحلفه علىٰ علمه، فإن أبىٰ أن يحلف خرج من الوكالة، ولم يبرأ المطلوب، وكان الطالب علىٰ حجته.

وجه قولهما: أن الدعوىٰ وقعت علىٰ الموكِّل، فلو استحلف الوكيل كان ذلك نيابة في اليمين، والنيابة لا تصح في الأيمان.

وليس هذا كما لو مات الطالب، فادعىٰ المطلوب أن الميت استوفىٰ، استحلف الوارث؛ لأن اليمين هاهنا تثبت حقًا للطالب في مال المطلوب، فصار الاستحلاف حقًا عليه لا علىٰ وجه النيابة.

وجه قول زفر: أن اليمين يسقط بها حق الوكيل من المطالبة إذا نكل، فصار

---

(١) في ل (بطلت).

(٢) في أ (نزيل) والمثبت من ل.

(٣) في أ (يحلف) والمثبت من ل.

كما لو ادعىٰ أنه عزله عن الوكالة.

قال: ولو كان المطلوب ادّعىٰ أنه قد أوفاها الطالب وجاء ببينة علىٰ ذلك، والوكيل وكيل بالقبض دون الخصومة، قبلت بينته، وكان ذلك دفعًا له عن الخصومة، ولم يكن ذلك قضاء علىٰ الطالب، والطالب علىٰ حجته.

وهذا عطف علىٰ رواية الحسن: أن الوكيل بالقبض ليس بوكيل بالخصومة، فالبينة [تسمع][1] عليه في إسقاط القبض الذي هو حق له، ولا تسمع في إسقاط حق موكله.

فأما علىٰ الرواية المشهورة: أنَّ الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة، [فالبينة مسموعة عليه]، ويقضي بها علىٰ الموكل، ويبرأ من الحق.

قال: وكذلك لو أقام بينة أنه أعطاه بالألف دنانير، أو باعه [به] متاعًا، أو جارية، أو دارًا، أو لأن الطالب قد قبض ذلك، أو لم يقبضه، كان ذلك دفعًا عن المطلوب، والطالب علىٰ حجته، وهذا ظاهر علىٰ رواية الحسن؛ لأنه ليس بوكيل في الخصومة، فلا تُسمع البينة في أخذ عوض الدين، كما لا تُسمع البينة في أخذ نفس الدين، إلا أن خصومة الوكيل تسقط لأنها حق له، والبينة تقتضي سقوطها.

فأمّا علىٰ رواية الأصل: أن الوكيل بالقبض وكيل بالخصومة، فيجب أن تسمع البينة علىٰ دفع العوض عن الدين، كما تسمع علىٰ دفع نفس الدين.

وقد روىٰ محمد: أن بينة المطلوب لا تقبل إذا ادعىٰ أنه باعه جارية أو غير ذلك عن أبي حنيفة.

(١) في أ (مسموعة) والمثبت من ل.



ووجهه: أنه خصم في الدين وما يتعلق به، وليس بخصم في البياعات، وهذه بينة بعقد مبايعة، فلم يكن الوكيل بالقبض خصمًا فيها، فلم يسمع عليه [٤١١/أ][١].

---

(١) انظر: الأصل ٢٣٢/١١ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص ٢٦٢.



بَابُ
الوكالة بقبض الدين

قال أبو الحسن: وإذا وجب لرجل على رجل دين بأي وجه وجب، وبما كان سببه، فوكَّل صاحب الدين رجلاً بقبضه، فذلك جائز؛ لأنه يملك القبض، وهو مما لا يسقط بالشبهة، فملك التوكيل به كما [يملك أن] يوكل في سائر حقوقه؛ ولأن الإنسان قد تجب له الديون المختلفة، فلا يستطيع أن يقبض جميعها بنفسه، فلو لم يجز له التوكيل في قبضها أدّى ذلك إلى وقوف حقوقه.

ولا فرق في ذلك بين رأس مال [السَّلم][1]، وبين الصرف وغيرهما؛ لأن التوكيل بذلك جائز في المجلس، وإنما لا يجوز[2] بعد المجلس؛ لأن الموكل لا يملك القبض بعد المجلس، وهو إنما يوكل بما يملك دون ما لا يملك.

قال: وإذا قبض الوكيل برئ الذي عليه الأصل منه، فكان ما قبضه الوكيل مِلْكًا لصاحب الدين وأمانة في يد الوكيل، يضمن بما يضمن به الوديعة؛ لأن الوكيل قام مقام المُوَكِّل في القبض، فكما لو قبض الموكل برئ المطلوب، كذلك قبض الوكيل.

وإنما كان المقبوض ملكًا للموكل؛ لأن يد الوكيل كيد الموكل، فكما لو قبض الموكل كان المقبوض ملكًا له، كذلك قبض وكيله.

وإنما كان المقبوض أمانة؛ [وذلك] لأنه قبضه بأخذ مالكه، لا على طريق

(١) في أ (المسلم) والمثبت من ل.
(٢) في ل (يجوز).

البدل والوثيقة.

قال: والقول قول الوكيل مع يمينه في أنه دفعهُ إلىٰ الطالب، وفي كل ما يبرأ به المودع عن الوديعة؛ لأنه أمانة، والقول قول الأمين في براءة نفسه.

قال: فإن جحد الغريم أن يكون للموكل عليه شيء، فأراد الوكيل أن يقيم البينة، فقد بَيَّنَّا الخلاف في ذلك، قال أبو حنيفة: تقبل بينته، وروىٰ الحسن عنه: أنها لا تقبل، وهو قولهما.

قال: وليس للوكيل بالقبض أن يوكل بقبضه غيره؛ لأن المالك رضي برأيه، والقبض يختلف باختلاف الأداء، ورضي بيده، وحكم اليد مختلف.

قال: فإن فعل ذلك، وقبض الوكيل الثاني الألف لم يبرأ الغريم من الدين، إلا أن يصل ما قبض إلىٰ الوكيل الأول؛ لأن التوكيل لم يصح، فصار قبض الوكيل الثاني كقبض الأجنبي، فلا يسقط به حق الطالب، فإن وصل الدين إلىٰ [يد] الوكيل الأول فقد حصل القبض بيد قائمة مقام [يد] المالك، فكأنه قبضه ابتداءً، وكأنه أرسل رسولاً فحمل الدين إلىٰ الوكيل.

قال: فإن [هلك][1] في يد القابض قبل ذلك، ضمنه الذي قبضه، ولم يبرأ الدافع من الدين الذي عليه، وكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه، فإذا أخذه منه رجع الغريم علىٰ من دفعه إليه، ورجع الوكيل الثاني علىٰ الأول إن [كان] هلك ما قبض في يده، روىٰ ذلك الحسن بن زياد عن أبي حنيفة؛ وذلك لأن قبض الوكيل الثاني بغير حق.

فإذا هلك في يده كان مضمونًا عليه، ويرجع الطالب علىٰ المطلوب؛ لأن

(١) في أ (قال) والمثبت من ل.



قبض الوكيل الثاني في حقه كلا قبضٍ، ويرجع المطلوب إذا ادعىٰ علىٰ الوكيل؛ لأنه دفع إليه ليملك ما في ذمته بما دفع، فإذا لم يملك بالقبض كان له الرجوع عليه.

ولا يقال: إن المطلوب دفع إليه باختياره؛ لأنه وإن كان كذلك، فإنما دفع علىٰ وجه العِوَض، فيتعلق بالقبض الضمان.

وإنما رجع الوكيل الثاني علىٰ الأول؛ لأنه تصرف له، فما يلحقه من الضمان يرجع به عليه.

ولا يقال: فلمَ ضَمَّنَ أبو حنيفة الوكيل الثاني؟ وهو لا يرىٰ تضمين مودع المودع؛ لأن هناك قد وجب بذلك القبض الضمان علىٰ المودع الأول، فلا يجب به الضمان علىٰ المودع الثاني؛ لأن القبض الواحد لا يوجب ضمانًا في حق اثنين، فضمن كل واحد منهما كل المقبوض.

وأما في مسألتنا: فالضمان وجب علىٰ الوكيل الثاني بقبضه، وعلىٰ الأول بحكم الغرور والأمر، فلم يجب بقبض واحد ضمان علىٰ اثنين.

قال أبو الحسن: لو أن الطالب حين وكّل الموكل بقبض المال جعل أمره فيه جائزًا، أو قال: ما صنعت في ذلك فهو جائز، كان للوكيل أن يوكل في قبضه من شاء، وليس للوكيل أن يقبض عن الدين شيئًا غيره مما للموكل أن يمتنع من قبضه من الغريم؛ وذلك لأنه فوّض إليه الرأي في القبض، فإذا وكل فقد فعل ما رأىٰ، فجاز له ذلك.

وأما إذا أخذ عوضًا عن الدين لم يجز؛ لأن تفويض الرأي في القبض



يقتضي [تجويز][1] الحقوق المتعلقة بالقبض ، فأما أخذ العوض فهو عقد معاوضة لا يتعلق بالقبض ، فلم يكن من حقوقه .

وقال أبو يوسف: في رجل وَكَّل رجلاً بقبض دين له فأبىٰ أن يقبل ، ثم ذهب الوكيل فقبضه ، فإن الغريم لا يبرأ منه[2] ، والدين علىٰ حاله ؛ لأنه لما أبىٰ فقد ردّ الوكالة ، فلا يعود إليها إلا بتوكيل جديد ، فإذا قبض صار قبضه كقبض الأجنبي .

قال: وإذا كان لرجل علىٰ رجل دين ، فقال: إن الطالب أمرني بقبضه منك ، فدفعه ، ثم جاء الطالب فأنكر أن يكون أمره بذلك ، فهذا علىٰ ثلاثة أوجه:

إن كان المطلوب صدق الوكيل بالوكالة ودفع إليه ، قيل له: ادفع الدين إلىٰ الطالب ، ولا حق لك علىٰ الوكيل ؛ لأن تصادق المطلوب لمدعي الوكالة لا ينفذ في حق صاحب الدين ، فالقول قوله إنه لم يوكل ، ولا يرجع المطلوب علىٰ الوكيل ؛ لأنه صَدَّقَهُ علىٰ الوكالة ، ففي زعمه أنه أمين في القبض ، وأن الدين سقط بما أعطاه ، وأن الموكل ظلمه فيما طالبه به ، فيقبل إقراره علىٰ نفسه .

وأما إن صدقه وضمّنه ما دفعه إليه ثم حضر الموكل ، فرجع عليه ، ثم رجع هو علىٰ القابض ؛ لأنه وإن اعترف أنه قبض بحق ، وأن الطالب ظالم في المطالبة ، فقد ضمنه ما يطلبه الطالب بغير حق ، فيصح الضمان ، كما لو قال: ما [غصبك][3] فلان فهو علي .

وأما إن كان المطلوب كذّب الوكيل في دعواه ، أو قال: لا أعلم أصِدقًا ما

(١) في أ (وجوب) والمثبت من ل.

(٢) في ل (الدين).

(٣) في أ (أعطيتك) والمثبت من ل.



تقول أم لا ، ودفع إليه ، ثم حضر الطالبُ فأخذ منه ، رجع على الوكيل ؛ لأنه لما كَذَّبَه فقد اعترف أنه أخذ بغير حق ، فلما لم يملك ما في ذمته رجع عليه.

وإذا لم يصدقه ولم يكذبه ، فله حق التصديق ، وله حق التكذيب ، فإذا طالبه فقد كذبه.

قال: وكُلُّ من وكَّلَ بوكالة في جميع ما ذكرناه، ثم أخرجه الموكل من الوكالة بغير محضر منه ، فإخراجه باطل ، وهو على وكالته ؛ وذلك لأن العزل نهي ، فلا يثبت حكمه إلا بالعلم كنهي صاحب الشريعة ؛ ولأنه فوض إليه القبض من غير ضمان يلحقه ، فلو جوزنا العزل من غير علم الوكيل ضمن ما يتصرف فيه ، وذلك غرور ، فلا يجوز.

قال: فإن أتى الوكيلَ رجلٌ فأخبره أن الموكل قد أخرجه من الوكالة ، فإن كان جاءه برسالة من الموكل ، خرج عن الوكالة في قولهم ؛ وذلك لأن الرسول قائم مقام المُرسِلِ ، فكأن المُرسِل شافهه القول ، فلا يعتبر صفاته(١).

وأما إذا جاءه على وجه الخبر ، لم ينعزل عند أبي حنيفة حتى يخبره رجل عدل أو اثنان على أي صفةٍ كانا.

وقال أبو يوسف ومحمد: ينعزل بإخبار الواحد عدلاً كان أو غير عدل(٢).

لأبي حنيفة: أن هذا الخبر يوجب ضمانًا على [٤١١/ب] الوكيل بالتصرف ، فهو كالشهادة الموجبة حقًا على المشهود عليه ، وهذا يقتضي اعتبار العدد والعدالة ، وكونه [خبرًا](٣) يقتضي أن لا يعتبر واحد من الشرطين ، فاعتبر أبو

(١) نقل الكاساني المسألة وقال في آخرها: «... على أي صفة كان» ٦/ ٣٧.
(٢) انظر: مختصر القدوري ص٢٥٩.
(٣) في أ (جائزًا) والمثبت من ل.




حنيفة الشبهين ويشترط أحد شَرْطَي الشهادة، إما العدد، وإما العدالة.

وجهُ قولهما: أن هذا الخبر من أخبار المعاملات، فلا يعتبر فيه العدالة كسائر أخبار المعاملات.

قال: وإذا وكّل صاحب الدين رجلين بقبض دينه، فليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه، فإن قبض لم يبرأ الغريم حتىٰ يصل ما قبض أحدهما إلىٰ صاحبه، فيقع ذلك في أيديهما جميعًا، أو يصل إلىٰ الموكل؛ لأنه رضي برأيهما ولم يرض برأي أحدهما، والشيء مما يختلف باختلاف الآراء، فلم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف، فإذا قبض صار قبضه كقبض الأجنبي، فإن وصل إلىٰ صاحبه أو إلىٰ الموكل برئ المطلوب؛ لأن المقصود بالقبض قد حصل، فكأنهما قبضاه ابتداءً.

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بقبض دينه الذي علىٰ زيدٍ، أو بقبض دينه بالشام، أو بمصر من الأمصار، فليس له أن يتعدىٰ ذلك إلىٰ غيره، وهو وغيره من الناس في قبض غير ما سمىٰ له سواء؛ لأن الوكيل يتصرف من طريق الأمر، فاختص تصرفه بما أمر به، وما هو من حقوقه دون غيره.

قال: وإذا قبض الوكيل [الدين] فوجده معيبًا، فما كان للموكل رده فللوكيل رده وأخذ بدله؛ لأن يده قائمة مقام يد الموكل، فكأنّ الموكل قبض؛ ولأن الوكيل يقبض [دين الموكل](١) بالتمليك، فله الرد بالعيب كالوكيل بالشراء(٢).



(١) في النسختين (الدين موكل) وما أثبته هو ما يناسب السياق.

(٢) انظر: الأصل ٣١٢/١١ وما بعدها.



بَابُ
الرجل يُوكِّل بقَضَاءِ دَيْنٍ عليه

وإذا قال رجل لآخر: اقض زيدًا ما له عليّ من الدين، فقضاه، فهو جائز، وقد برئ الآمر، وللمأمور أن يرجع عليه بما قضاه عنه.

قال: والأصل في جواز التوكيل بقضاء الدين: أن الموكِّل يملك، وهو مما لا يسقط بالشبهة، فملك التوكيل به.

وإنما رجعَ المأمور بما أدّىٰ علىٰ الآمر؛ لأنه أمره أن يملك ما في ذمته لما يعطي، فصار كالوكيل بالشراء أنه يرجعُ علىٰ الآمر بالثمن وإن لم يشترط الرجوع.

وكذلك الكفيل إذا قال [له]: تكفل عني، فكفل [وأدّىٰ، رجع][1] عليه، وإن لم يشترط الرجوع؛ لما ذكرنا من العلة.

وليس هذا كما لو قال: عوض [عنِّي هِبتي] أو تصدَّق عن كفارتي؛ لأنه لما أمره بالعوض [عنه] وهو غير واجب عليه، لم يتعلق به وجوب لحق الوكيل أيضًا، وأما الإطعام في الكفارة وإن كان واجبًا علىٰ الآمر؛ فلأن الوكيل لو رجع بغير شرط لرجع بأكثر مما أسقط عن الآمر، ألا ترىٰ أن الوجوب كان من أحكام الآخرة دون الدنيا، فلو ثبت الرجوع بمطلق الأمر لحق بالمضمون[2] في الدنيا والآخرة، فلا يجوز أن يرجع بأكثر مما أسقط عن ذمته.

---

(١) في أ (ويرجع) والمثبت من ل.

(٢) في ل (بحق مضمون).



قال: فإن دفع إليه مالاً، فقال: اقضه عني زيدًا، جاز ذلك، والمأمور أمين فيما دفع إليه، إن هلك في يده لم يضمنه؛ لأنه قبضه بإذن مالكه لا على طريق البدل أو الوثيقة.

[قال]: فإن قال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين المال الذي دفعته إليّ، وأنكر الذي له الدين أن يكون قبض منه شيئًا، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه مع يمينه، ولا ضمان عليه، ولا يصدق على الغريم فيما ادّعى عليه من دفع المال إليه؛ لما بَيَّنَّا أنه أمين [في المال]، والقول قول الأمين في براءة نفسه، فلا يقبل في إيجاب الضمان على غيره؛ لأنه شاهد في حق الغير، فلا تقبل شهادته بفعل نفسه؛ ولأنا جعلنا القول قوله في البراءة؛ لأن الموكل ائتمنه على المال، ولم يأتمنه، فلم يقبل قوله في حقه.

قال: فإن كان الذي عليه المال دفع إلى الوكيل ألفًا ليقضي دينه [بها]، فدفع الوكيل إلى الغريم ألفًا من ماله، وقبض له الألف الذي دفع إليه، جاز ذلك؛ لأنه وكّله بتمليك ما في ذمته بما أعطاه، فلا يتعين[1] المدفوع كما لو وكله بالشراء بهذه الألف، فاشترى بألف من مال نفسه، ثم أخذها عوضًا عنه.

قال: فإن كان لم يدفع إليه شيئًا وقال: اقض زيدًا عني ما له علي، وادّعى المأمور أنه[2] دفع، لم يُصدق على الغريم ولا على الآمر، وعلى كل واحد منهما اليمين، يحلف للطالب: بالله ما قبض المأمور دينه، ويحلف الآمر للمأمور: بالله ما يعلم أن المأمور قضى عنه الدين؛ وذلك لأن الوكيل يدعي إيجاب الضمان على وكيله، وقول الوكيل مقبول في براءة نفسه، غير مقبول في

(١) في ل (يعتبر).

(٢) في ل (أنه قد فعل).



إيجاب الضمان على غيره.

وإنما استحلف المطلوب؛ لأن الوكيل يدعي الإيفاء، واليمين على البتات؛ لأنها يمين على فعله.

وإنما استحلف الآمر؛ لأنه يدعي إيجاب الضمان عليه، وهُوَ مُنْكِرٌ، واليمين على العلم؛ لأنها يمين على فعل الغير.

قال: فإن أقام المأمور بالقضاء البينة أنه قضى صاحب الدين، قبلت بينته، وبرئ الآمر من الدين، ورجع المأمور على الآمر بما قضى عنه؛ لأن القضاء يثبت بالبينة، فيسقط الدين من ذمة[1] الطالب، ويثبت الرجوع للوكيل؛ لأنه أدّى دينه بأمره.

قال: فإن كان المأمور لما ادَّعَى أنه قضى الغريم، فصدَّقه الآمر وكذَّبه صاحب الدين، فإن الآمر مُصدق على نفسه، ويرجع المأمور عليه بما قضى، ويغرم ألفًا أخرى للذي له الدين؛ لأنه اعترف بوجوب الضمان للوكيل، وادعى سقوط الدين عن ذمته، فما كان حقًّا عليه قبل قوله فيه، وما كان حقًّا له على الغريم لم يثبت بدعواه.

قال: وكذلك وكالة للعبد التاجر، والمُكَاتَب، والصَّبِيِّ المأذون له في التجارة، يوكل أحدهم بقضاء دينه بمال دفعه أو بغير مال؛ لأن هؤلاء يملكون القضاء، فملكوا التوكيل به كغيرهم.

قال: وكذلك [هذا في] كل من لزمه دين ممن يجوز له أن يودع ماله، فله أن يدفع[2] إلى من يقضيه؛ لأن الدفع يقتضي الأمانة؛ لأن من ملك الإيداع ملك

---

(١) في ل (جهة).

(٢) في ل (يرجع).




الدفع للقضاء.

وبعكسه الصبي والمجنون، إذا لزمه دين لم يملك أن يوكل بالقضاء، ولا يدفع لما يقضىٰ به؛ لأنه لا يملك الإيداع، والمدفوع في حكم الوديعة.

قال: وإذا دفع رجل إلىٰ رجل دينًا ليقضي به غريمًا له، ثم أن الذي عليه الدين قضىٰ صاحب الدين دينه، ثم لقيه الوكيل، فقضاه ما كان قد دفعه إليه، فإن كان الوكيل لا يعلم بقضاء الآمر دينه فلا ضمان علىٰ الوكيل، ويرجع دافع المال علىٰ الغريم فيأخذ منه ما قبض من الوكيل، وإن كان يعلم بذلك الوكيل، فالوكيل ضامن بما دفع إلىٰ الغريم، وله أن يرجع علىٰ الغريم بما قبضه منه؛ وذلك لأنه إذا لم يعلم بقضاء الموكل، فقد تصرف علىٰ الوجه المأمور به، فلا يلزمه ضمان فيه.

ولا يقال: إنه انعزل عن الوكالة بتصرف الموكل فيما وكله، والعزل من طريق الحكم لا يقف علىٰ العلم، كموت الموكل؛ وذلك لأن تصرف الموكل ليس بعزل للوكيل، ألا ترىٰ أنهم قالوا لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل، لم يجز للوكيل أن يبيعه؛ ليس لأنه [انعزل][1]، ولكن لأن العبد في ملك غير موكله.

يُبين هذا أنهم قالوا: لو رد العبد علىٰ الموكل بعيب [٤١٢/أ] بقضاء، فإن[2] للوكيل بيعه، فدل علىٰ أن تصرف الموكل لا يُوجبُ [عزل][3] الوكيل.

ولا يقال: فقد قال أبو حنيفة في المتفاوضين: إذا أذن كل واحد منهما للآخر أن يؤدي زكاته، فأدّيا، فالثاني منهما ضامن علم [بأداء الأول][4] أو لم

(١) في أ (لم يعزل) والمثبت من ل.
(٢) في ل (كان).
(٣) في أ (عن) والمثبت من ل.
(٤) في أ (بالأداء) والمثبت من ل.

يعلم؛ [هذا لا يقال][1] لأنه في الزكاة، وإنما أمره بأداء الزكاة، والمؤدىٰ ثانيًا ليس بزكاة؛ بدلالة أنه يقع موقع [النفل][2]، وفي مسألتنا إنما أمره بدفع يصير مضمونًا علىٰ الآمر، وذلك حاصل وإن كان قد استوفىٰ.

وإنما يفترقان في ثبوت المفاوضة، [والمفاوضة إنما] تثبت بفعل الوكيل، وإذا ثبت أن الوكيل لا يضمن، رجع المُوَكِّلُ علىٰ الطالب؛ لأن يد الوكيل كَيَدِ موكله، فكأنه دفع الدين مرتين، فيرجع بأحدهما.

وأما إذا علم الوكيل أن الموكل قد قضىٰ فدفع المال، فهو ضامن لما دفع، وله أن يرجع علىٰ الغريم بما قبضه منه؛ لأنه تعدىٰ في الدفع بعد العلم بسقوط الدين، فلذلك ضمن، فيرجع علىٰ القابض؛ لأنه أعطاه [عوضًا عمَّا له في ذمة الموكل، فإذا لم يكن هناك دين يتعوض عنه، رجع بما أعطاه].

قال: والقول قول الوكيل أنه لم يعلم في نفي الضمان مع يمينه؛ لأن [الأصل][3] عدم العلم، ومن ادّعىٰ الأصل فهو متمسك بالظاهر، فالقول قوله.

قال: وكذلك إن مات الآمر والوكيل لا يعلم بموته، فدفع المال، فهو مثل ذلك، بمعنىٰ أنه لا ضمان عليه؛ لأنه مؤتمن في المال، وقد دفع علىٰ الوجه المأمور به، فلم يلزمه ضمان[4].

---

(١) في أ (وذلك) والمثبت من أ.

(٢) في أ (الفعل) والمثبت من ل.

(٣) في أ (الضمان) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل ٣٢٧/١١ وما بعدها.



بَابُ
الوكالةِ بالشراءِ والبيع

قال أبو الحسن: الوكالة بالشراء والبيع يجوز مع الجهالة اليسيرة، فإذا كَثُرَتْ بطلت الوكالة، وكان القياس أن لا يجوز، وأن يمنع من جوازها ما يمنع من جواز البيع.

وجه القياس: أن المبيع ينتقل إلىٰ الوكيل، ومن جهته إلىٰ الموكل، فصار الوكيل كالبائع، وكما أن المبيع لا يجوز أن ينتقل مع الجهالة، فكذلك لا يجوز التوكيل.

وقد قال أصحابنا: إن الوكالة علىٰ ضربين:

وكالة عامة[1]: فيصح مع الجهالة، كقوله: اشترِ ما شئتَ، وما رأيتَ؛ لأنه قد فَوّضَ إليه الرأي، فصار كالمبضع والمضارب.

ووكالة خاصة[2]: فالقياس أن لا يجوز حتىٰ يذكر جنس ما وكّله فيه، وصفته، وقدر الثمن.

إلا أنهم استحسنوا إذا ذكر مع الجنس أحد أمرين، إما الصفة، أو مقدار

---

(١) «الوَكالة العامة: هي تفويض عام، لا يختصُّ بشيء دون شيء، مثل أن يقول شخص لآخر: أنت وكيلي في كل شيء».

(٢) «والوكالة الخاصة: هي توكيل خاص ببعض ما تصحُّ فيه الإنابة، فيختص بما جعل الموكل للوكيل فيها من قبض، أو بيع، أو خصومة، أو نكاح، أو هبة، أو غير ذلك مما تقبل النيابة، ويسمىٰ الوكيل فيها: (الوكيل الخاص)، و(الوكيل المختص)». معجم المصطلحات الاقتصادية ص٤٧٧.



الثمن، أن يجوز؛ **لما روي أن النبي ﷺ أعطىٰ عروة البارقي دينارًا وأمره أن يشتري شاةً، فذكر الجنس وقدر الثمن، وسكت عن الصفة؛ ولأن الثمن إذا عُلِم صارت الصفة معلومةً، فإذا ذكرت الصفة صار الثمن معلومًا، فأجزأ ذكر أحدهما عن الآخر.**

وقد حصل أبو بكر الرازي هذا تحصيلاً آخر فقال في الوكالة الخاصة: إذا كان الاسم يجمع أجناسًا مختلفة، أو ما هو في حكم الأجناس، فإن الوكالة لا تجوز حتىٰ يبين الصفة أو الثمن، كقوله: اشتر لي ثوبًا؛ لأن ذلك يقع علىٰ أجناس مختلفة، فلا بد من ذكر جنس منها.

فكما لو قال: اشتر لي دارًا؛ لأن الدور وإن كانت جنسًا واحدًا فقد صارت في حكم الأجناس لكثرة تفاوتها.

وإن كان الاسم يقع علىٰ جنس واحد جاز وإن لم تذكر الصفة ولا الثمن، كقوله: اشتر لي حمارًا، أو بغلاً، وتصير الصفة معلومة بحال الموكل.

وعلىٰ هذا قالوا: لو أن رجلاً وكل رجلاً أن يشتري له عبدًا أو شاة فلم يذكر لذلك صفة ولا ثمنًا، أن الوكالة باطلة، وما اشتراه الوكيل فهو لازم له دون موكله؛ لأن العبد يقع علىٰ أجناس كثيرة، [فتكثر][1] الجهالة فيمنع من صحة الوكالة، والشاة وإن كانت اسمًا لجنس واحد، فصفتها[2] مختلفة، ولا تتخصص بحال الآمر، فلا بد من الصفة أو ذكر الثمن.

فلو قال: اشتر لي عبدًا بألف، جازت الوكالة؛ لأن مقدار الثمن يصيّر صفة

---

(١) في أ (فكثير) والمثبت من ل.

(٢) في ل (فقبضها).



العبد به معلومة.

ولو وصف العبد فقال: اشتر لي عبدًا حبشيًّا، ولم يذكر ثمنًا جازت [الوكالة]؛ لأن الثمن معلوم بالصفة، ويرجع في ذلك إلىٰ حال الموكل فيما يشتري به أمثاله.

فإن اشترىٰ له ما يخرج عن عادة أمثاله لم يلزمه؛ لأن الوكالة اختصت بما هو من عادة مثله، فلا يلزمه ما يتفاوت في عادته.

قال بِشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لرجل: اشتر لي خادمًا من جنس كذا وكذا، ولم يسم شيئًا، فهو جائز، وهو علىٰ ما يتعامل الناس من ذلك الجنس، وإن جاء من ذلك وهو شيء [مشتبه] كثير الثمن لا يتعامل به العامة، لم يجز علىٰ الآمر.

[قال]: ولو أن بدويًا أمر رجلاً أن يشتري له خادمًا حبشيًّا أو حلاشيًّا، ولم يسم ثمنًا جاز، وذلك إذا اشترىٰ من الضرب الذي يتعامل عليه أهل البادية، يشترونه ويشترىٰ لهم، فإن تعداه إلىٰ غيره مما لا يشتريه أهل البادية فإنه لا يجوز، وهذا استحسان وليس بقياس؛ وهذا علىٰ ما قدمنا أن الصفة معلومة، ومقدار الثمن يعلم بها، ويخصَّصُ ذلك بحال الموكل، فإذا اشترىٰ له ما لا يشتريه أمثاله، فإنه لا يجوز[1].

---

(١) انظر: الأصل ٢٧٢/١١ وما بعدها.

بَابُ
شراء المعيب

قال: وإذا أمر رجل رجلاً أن يشتري له جاريةً أو عبدًا، فإن هذا لا يجوز؛ [لما قدمنا][1] أنّ الاسم يقع على أجناس مختلفة، وكثير الجهالة[2] يُبطله.

قال: فإن وكّله بشراء جارية سمّىٰ جنسها أو ثمنها، فاشترىٰ له عوراء، أو عمياء، أو مقطوعة اليَدَيْن، أو الرِّجْلَيْنِ، أو إحداهما، فإن أبا حنيفة قال في ذلك: هو جائز علىٰ الآمر.

وقال أبو يوسف: تجوز العمياء، ولا المُقْعَدة، ولا المقطوعة اليدين والرجلين، وتجوز القطعاء، والعوراء.

لأبي حنيفة: قوله: اشترِ لي جارية، يقتضي ما يتناوله الاسم، والاسم موجود في الصحيح والمعيب؛ لأن عقد الوكالة لو اقتضىٰ الصحة منع من لزومها اليسير من العيب والكثير، كعقد البيع، ولا يقال قد قلتم في قوله تعالىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] إن ذلك يقتضي [بقاء] منفعة الجنس، حتىٰ لا تجوز العمياء، فهلّا قلتم في الوكالة كذلك؛ لأن من أصحابنا من قال: إنا لو خلينا وظاهر اللفظ لجوّزنا عتق العمياء، وإنما عدلنا عن الظاهر بدليل، وهو أن المقصود إخراج الرقبة من الرق لتنتفع بنفسها في العمل، وذلك لا يوجد في العمياء، فأما الوكالة

(١) في أ (لأن) والمثبت من ل.
(٢) في ل (فتكثر الجهالة).



فقد يقصد الإنسان شراء العمياء [ابتغاء الثواب، كما يقصد][1] الصحيحة، فلما لم يختص، حملت الوكالة على الأمرين.

ومن أصحابنا من قال: إن الله تعالى أوجب عتق رقبة، وذلك يقتضي [كمال الأجزاء][2]، ولو وكله بشراء رقبة لم تجز العمياء، فلما وكله بشراء عبد أو جارية، وذلك يقتضي[3] سلامة الأجزاء، حمل على [الجميع][4].

وجه قولهما: أن الوكالة محمولة على العادة، وفي العادة أن الناس لا يشترون العمياء، ولا المقعدة، وقد [يشترون][5] المعيب [و]الصحيح، فإذا كان العيب لا [يفوت][6] منفعة الجنس جاز، وإذا فَوّت منفعة الجنس لم يجز. [٤١٢/ب]

قال: وإذا قال: اشتر لي جارية تخدمني [أو للخدمة]، أو عبدًا [للخدمة][7]، أو لعمل من الأعمال، فاشترى له عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو الرجلين، لم يجز في قولهم [جميعًا]؛ لأنه بيّن ما يصلح للعمل، وما لا يصلح للعمل لا يدخل في الوكالة، ولو قال: اشتر لي جارية أطؤها، فاشترى له أخت الآمر، لم يجز؛ لأنه بين الوكالة فيما يحل وطؤها، فما هو حرام على التأبيد لا يدخل فيه.

---

(١) طمس في أ، والمثبت من ل.
(٢) طمس في أ، والمثبت من ل.
(٣) في ل (لا يقتضي).
(٤) طمس في أ، والمثبت من ل.
(٥) طمس في أ، والمثبت من ل.
(٦) في أ (يعود) والمثبت من ل.
(٧) في أ (للخز) والمثبت من ل.



بَابُ
الوكالة بشراء الغنم والبقر واللُّحْمَان والفاكهة والأطعمة

قال بشر: سعمت أبا يوسف يقول في رجل أعطىٰ رجلاً عشرة دراهم فقال: اشتر لي بها طعامًا: فإنه لا يجوز له أن يشتري بها إلا الحنطة والدقيق، ولو اشترىٰ بها فاكهة أو لحمًا لم يلزم الآمر، وكذلك الخبز لا يجوز.

ولو كان دفع إليه درهمًا جاز في الخبز إذا جاء بالدرهم ونحوه، جاز في الخبز والحنطة والدقيق، وإذا كثرت الدراهم لم يجز إلا علىٰ الحنطة والدقيق.

وجملة هذا: أن الطعام في الإطلاق اسم للحنطة ودقيقها، وقد يستعمل في سائر ما يستطعم، فالوكالة فيه محمولة علىٰ دلالة الحال، فإذا دفع الرجل [إليه] مالاً كثيرًا فقال: اشتر لي به طعامًا، ففي العادة أن ذلك القدر لا يشترىٰ به الخبز والفاكهة دفعة واحدة، فحملت الوكالة علىٰ الحنطة والدقيق المدخر للأوقات.

وإذا دفع درهمًا واحدًا، فهذا القدر لا يشترىٰ به الحنطة في العادة، فحمل ذلك علىٰ الخبز وما يؤكل في الحال.

[قال]: وإذا دفع إليه دراهم كثيرة وهناك وليمة، فقال: اشتر بها طعامًا، فاشترىٰ الخبز، جاز؛ لأن الولائم يُحتاج فيها إلىٰ الخبز الكثير، [والحنطة][1] لا تحتاج إليها فيها.

فأما ذِكْرُ أبي يوسف للعشرة؛ فعلىٰ عادة أهل زمانه، وشدة الرخص

(١) في أ (الطعام) والمثبت من ل.

عندهم، فالعشرة لا يشترىٰ بها الخبز دفعة واحدة، فأمّا الآن: فقد يشترىٰ بها ذلك، فاعتبر فيه العادة بحسب الوقت.

قال: لو أمره أن يشتري له كَبْشًا، فاشترىٰ له نَعْجَةً، لم يلزمه، وكذلك لو قال: اشتر لي عَنَاقًا، فاشترىٰ جَدْيًا؛ لأن الكبش عبارة عن الذَّكَرِ، فإذا اشترىٰ النعجة فقد اشترىٰ غير ما وكَّله به، والعَنَاق عبارة عن الأنثىٰ، فإذا اشترىٰ الجَدْيَ فقد اشترىٰ غير ما وكّله فيه.

قال: ولو أمره أن يشتري له فَرَسًا، أو بِرْذَوْناً[1]، وسمىٰ له الثمن، فاشترىٰ له رَمَكَة[2] من الخيل والبَرَاذِيْن، فإن هذا لا يجوز علىٰ أهل الأمصار، ويجوز في البلدان التي تتخذ فيها والحُجُور[3] والرِّمَاك؛ لأن الفرس والبِرذَون اسم للذكر، فلا يدخل فيه الأنثىٰ، فأما للبادية والذين يولدون الخيل فغرضهم الإناث دون الذكور، فحمل الأمر فيهم علىٰ العادة.

فأما البغال[4] فيجوز فيها الذكر والأنثىٰ في الأمصار وغيرها، ما لم يسم [له] أنثىٰ [فيخالفه][5] إلىٰ الذكر أو ذكرًا فيخالفه إلىٰ الأنثىٰ؛ لأن البغال اسم جنس، فيتناول الذكر والأنثىٰ، وأما البغل فهو اسم للذكر، والبَغْلة [اسم] للأنثىٰ، فلا يدخل فيها غيرها.

(١) «البِرْذَون: يطلق علىٰ غير العربي من الخيل والبغال، من الفصيلة الخيلية، عظيم الخِلقة، غليظ الأعضاء، قوي الأرجل، عظيم الحوافر، والجمع براذين». المعجم الوجيز (برذن).

(٢) «الرَّمَكَةُ: الأنثىٰ من البراذين، والجمع رِمَاك». المصباح (رمك).

(٣) «وحِجْرٌ: أنثىٰ الخيل، وجمعه حُجُور». المعجم الوسيط (حجر).

(٤) «البَغْلُ: ابن الفرس من الحمار، والجمع أبغال، وبِغَال، والأنثىٰ بغلة». المعجم الوجيز (بغل).

(٥) في أ (مخالفة) والمثبت من ل.

[قال]: ولو قال: اشتر لي عشرة من البَراذين، لم يلزمه أنثىٰ إذا كان في مواضع لا يتخذ فيها الحُجور والرِّمَاك؛ لأن البِرذَون ليس باسم جنس، وإنما هو اسم للذكر، فجمعه [لا][1] يدخل فيه الأنثىٰ كالرجال.

ولو قال: اشتر لي من البقر عشرًا، جاز في الذكور والإناث؛ لأن البقر اسم جنس، فيتناول الذكر والأنثىٰ.

ولو قال: اشتر لي بقرة، فاشترىٰ ثورًا لم يجز؛ لأن البقرة اسم للأنثىٰ.

[قال]: فإذا قال: اشتر لي عشر بقرات، لم يكن فيها ذكر؛ لأن التاء للتأنيث.

ولو قال: اشتر لي ثورًا فاشترىٰ بقرة، لم يجز؛ لأن الثور اسم للذكر.

[قال]: ولو أمره أن يشتري جنسًا من الطير فسَمّاه، جاز في ذلك الذكر والأنثىٰ؛ لأن الواحد من ذلك والجماعة سواء، وهذا كالعصفور والحمام؛ لأن الاسم للجنس فيتناول الذكر والأنثىٰ كالإنسان.

[قال]: ما خلا الدجاج، فإنه يجوز في الجماعة الذكر والأنثىٰ، فإذا سمىٰ الدجاجة لم يجز إلا الأنثىٰ[2]؛ لأن اسم الجمع في الدجاج يصلح للذكور.

وقال الشاعر[3]:

---

(1) ما بين المعقوفتين مزيدة من ل.

(2) وقال الجوهري في الصحاح: «... الواحدة دَجاجة للذكر والأنثىٰ؛ لأن الهاء إنما دخلته علىٰ أنه واحد من جنس، مثل حَمَامة وبَطّة». (دجج).

(3) في أ (لما مررت علىٰ... وضرب بالنواقيس)، وفي الصحاح (تذكرت) و(ضرب)، والمثبت من ل.

والشاهد لجرير كما في معجم ما استعجم للبكري، ص ٩٦؛ وفي اللسان لابن منظور؛ والجوهري=

[لمـــا مـــررتُ بالـــدَّيرين أرَّقَنِـــي ✿ صـوتُ الـدَّجاج وقَـرْعٌ بـالنَّواقيس]

فأما الدجاجة قالها فيها للتأنيث، فلا يتناول الذكر(١).

[قال]: ولو قال: اشتر لي بعيرًا، فاشترى [له] ناقة، لم يلزمه، ولو قال: اشتر لي ناقة، فاشترى بعيرًا لم يلزمه؛ لأن البعير اسم للذكر، والناقة للأنثى.

ولو قال: اشتر لي [بُخْتِيَّة](٢)، لم يلزمه إلا أن يكون في بلده لا يشترى فيها العِرَابُ؛ لأن البُختَ عبارة عن ضرب من الإبل يشتد سيره؛ وذلك من العراب خاصة، فيحمل الاسم عليه، وإن كان في بلد لا يباع العراب فيه حمل ذلك على ما يتناوله الاسم عندهم.

وقد قالوا: إن ذلك في بلاد العجم، يحمل ذلك على الحمارة؛ لأنها في معنى البخت، وهذا لو كانوا يتعارفون التسمية فيها.

ولو(٣) قال: اشتر لي بقرة، فاشترى جاموسة، لم يجز؛ لأن الاسم لا يتناولها على الإطلاق.

قال: ولو أن رجلاً أعطى رجلاً درهمًا فقال: اشتر لي به لحمًا، فاشترى [به] من لحم المعز أو الضّأن على ما يشتري الناس، فهو جائز، وكذلك لحم

= في الصحاح (دجج).

(١) قال الجوهري: «إنما يعني زُقَاء الديوك». الصحاح (دجج).

(٢) في أ (عبيدًا) والمثبت من ل.
«البُخْت: الإبل الخراسانية، واحدها بُختي، والأنثى بُخْتِيَّة، والجمع بِخَاتي». انظر: الصحاح؛ المعجم الوجيز (بخت).

(٣) في ل (قال: ولو أمره أن يشتري له...).

البقر والإبل، هذه لحمان الناس التي تباع في الأسواق، وهذا صحيح، والمعتبر في ذلك عادةُ كل بلد، فإن كانوا يعتادون في الأسواق شراء جميع ذلك حُمِلَ عليه؛ لأن الاسم عام فيه، فأما الآن فالإبل غير معتادة، فلا يحمل الاسم عليها، فكذلك الضأن والمعز على حسب العادة.

قال: ولو اشترى بطونًا لم يلزم الآمر وإن كانت لحمًا، وكذلك الأكباد والكروش والأكارع والرؤوس؛ لأن هذه الأشياء لا تشترى كما يشترى اللحم وإن كانت لحمًا، والوكالة تحمل على العادة دون الاسم.

ولو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل هذه الأشياء حَنِث؛ لأنها تصنع كما يصنع اللحم، فهي لحم، وإن لم يعتاد شراؤها كما يشترى اللحم، وليس يمتنع أن تختلف اليمين والوكالة، ألا ترى أن الطعام في الوكالة اسم للحنطة ودقيقها، ولو حلف أن لا يأكل طعامًا فأكل سكرة حَنِثَ.

قال: ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له لحمًا بدرهم، فاشترى له كبدًا، لم يلزمه، إلا أن يكون في بلد لحمها الذي يباع في أسواقها الكبود؛ لأن الوكالة محمولة على ما يباع في العادة دون ما يتناوله الاسم، ألا ترى أنه لو اشترى قديدًا[1] لم يجز وإن كان الاسم يتناوله؛ لأنه ليس هو اللحم الذي يباع في العادة.

وكذلك لو اشترى صفيف الوحش [٤١٣/أ] فهو لحم ولا تتناوله الوكالة.

قال: ولو اشترى [له] لحمًا مطبوخًا أو مشويًا لم يجز ذلك على الآمر؛ لأن شراء اللحم في الإطلاق إنما يراد به ما لم يعمل منه، فإذا أرادوا المعمول قالوا: شِوَاء، فإذا اشترى لحم الطير أو الوحش، فإن كان في بلده يباع ذلك في أسواقها

(١) «القَديد من اللَّحم: ما قُطِع طولاً ومُلِّح وجُفِّفَ في الهواء والشمس». المعجم الوجيز (قدد).

ومنه يشتري الناس جاز ؛ لاجتماع الاسم والعادة فيه.

[قال]: ولو أمره أن يشتري له لحمًا بعشرة دراهم، فاشترىٰ شاةً حيَّةً، لم يلزمه ؛ لأن اسم اللحم لا يتناولها، فإن اشترىٰ شاة مذبوحة غير مسلوخة، لم يلزم الآمر ؛ لما بَيَّنَّا أن الوكالة تحمل علىٰ ما يتبايعه الناس، والناس لا يبيعون المذبوح قبل السلخ.

فإن اشترىٰ مسلوخة، جاز ؛ لأنه لحم يعتاد الناس بيعه علىٰ هذه العادة والصفة.

قالوا: ولو أن رجلاً مسافرًا نزل خانًا مِن الخانات، فأمر رجلاً أن يشتري له لحمًا بدرهم، وإنما يباع [في] ذلك [البلد] المطبوخ والمَشْوي، فأيهما اشترىٰ له جاز، وهذا إنما خصه بدليل الحال ؛ لأن الغريب لا ينتفع باللحم إلا أن يكون معمولاً، فحمل الوكالة علىٰ العادة.

قال: ولو [أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري](1) له سمكًا [بدرهم]، فهذا علىٰ الطَّرِي الكبار دون المالح والصغار، إلا أن يقول مالِحًا أو صِغارًا، إلا أن العادة في شراء السمك هو الطري الكبار، فأما المالح فله اسم يختصه، والصغار له اسم يختصه، فحمل الاسم علىٰ الظاهر.

قال: ولو ألزمته المالح لألزمته [الصِّحْنَاء(2) من الصبر] ؛ لأنها من السمك.

قال: ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له رأسًا، فهذا علىٰ رؤوس الغنم دون رؤوس البقر والإبل، وهو علىٰ المشوي منها دون النِّيء.

---

(١) في أ (اشترىٰ) والمثبت من ل.

(٢) «الصِّحْنَاء: إدام يتخذ من السمك الصغار المُمَلَّح».

ولو حلف لا يأكل من رأسٍ شيئًا، فأكل من رأس بقرة أو بعير أو شاة حَنِث، وإن كان رأس سمكة أو طائر [أو جرادة] لم يحنث، وهذا يعتبر فيه العادة أيضًا، وكان قول أبي حنيفة الأول: أنه إذا حلف لا يشتري رؤوسًا، حمل على الإبل والبقر والغنم، ثم رجع فقال: على البقر والغنم.

وقال أبو يوسف ومحمد: على الغنم.

وهذا ليس بخلاف، وإنما اليمين محمولة على ما يعتاده الناس كبسه[1] [في التنانير]؛ لأنهم يريدون ذلك، وكان في الكوفة يكبس الإبل والبقر والغنم، ثم تركوا الإبل، فرجع أبو حنيفة عن ذلك.

وأما هما [أجابا على عصرهما][2] فقد ترك الناس كبس البقر، فقالا ذلك على الغنم خاصة.

والباب كله محكي عن أبي يوسف، ومذهبه: أن الاسم يختص الغنم، إلا أنه قال ذلك في الشراء، وقال في الحلف بالأكل: إنه محمول على الإبل والبقر والغنم، لأنها قد يكبس في [التنانير][3]، وإن لم يعتاده، فالاسم يتناولها، فيحنث بها، ولا يتناولها الوكالة كما قال في الوكالة باللحم: إنها لا تحمل على البطون، واليمين تحمل على ذلك.

فأما رؤوس العصافير والجراد والسمك، فلا تكبس بحال، فلا تحمل عليها الوكالة و[لا] اليمين، وإنما خَصَّ الوكالة بالمكبوس دون النِّيء؛ لأنها محمولة

(١) بمعنى: أي يُطمُّ به التنور أو يُدْخل فيه» كما في المغرب (كبس).

(٢) في أ (على غيرهما) والمثبت من ل.

(٣) في أ (الناس) والمثبت من ل.

علىٰ العادة، وفي العادة أن الناس إنما يشترون في الأمصار الرؤوس المعمولة، ولا يشترون النِّيء منها، فحملت الوكالة علىٰ ذلك.

وقال [بشر] في نسق روايته عن أبي حنيفة: وليس للوكيل ولا للمأمور أن يوكل غيره، ولا بأمر غيره، إلا بمحضر منه، فإن أمر غيره أو وكّل غيره فاشترىٰ بغير محضر منه لم يلزم [الآمر]، وقد [بَيَّنَّا هذه المسألة، وذكرنا أن الموكِّل رضي برأيه، ولم يرض برأي غيره.

وأما إذا باع الوكيل الثاني بمحضر الوكيل الأول، فقد نفذ العقد برأيه، وهو مقصود الموكِّل.

قال: ولو قال الآمر للمأمور: ما صنعت من شيء فهو جائز، فللمأمور أن يوكل في ذلك من أحبّ؛ لأنه فوّض إليه الرأي، ومن رأيه التوكيل][1].

قال: ولو أمره أن يشتري له لحمًا بدرهم، فاشترىٰ له شحمَ البطن والألية، لم يلزم الآمر، ولزم المأمور؛ لأن هذا ليس بلحم، ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم، فلم يدخل تحت الأمر.

[قال: ولو أمره أن يشتري له أَلْيَةً، فاشترىٰ له شحمًا، أو أمره أن يشتري شحمًا، فاشترىٰ ألية، لم يلزمه؛ لأن كل واحد منهما لا يتناوله اسم الآخر، ويقصد منه ما لا يقصد من الآخر][2].

قال: ولو أمره أن يشتري له اللبن، فاشترىٰ لبن البقر أو الغنم [جاز]، فإن

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل وساقطة من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ل وساقطة من أ.



كان في أيام لبن البقر [أو غيره] ، فهو على لبن الغنم دون لبن البقر ، إلا أن يسمي البقر ، أو يكون في بلده الغالب منها لبن البقر [أو يتساويان] .

وكذلك [السَّمن] وهذا محمول على العادة ، فإن كان في العادة يباع هذا وهذا في الأسواق على حدّ واحد ، والاسم يتناولهما ، والعادة جارية بهما ، فيلزم الموكل ، وإن كان في العادة يغلب ابتياع لبن الغنم فالوكالة عليه ، إلا أن يسمي البقر .

ولو أن رجلاً حلف لا يذوق لبنًا ، فهذا [محمول] على لبن الإبل والبقر والغنم ؛ لأن الأيمان لا يعتبر فيها العرف في البياعات ، وإنما يعتبر العرف في التسمية ، وكل واحد من هذه الأنواع يتناوله الاسم في العادة ، ولو ذاق لبن آدمية لم يحنث ؛ لأن ذلك لا يعتاد تسميته لبنًا على الإطلاق ، ولا يشربه الناس في الغالب حتى يمتنعوا منه بأيمانهم .

٢٨٠٦ - فَصْل: [احتمال الآمر على المعتاد بيعه في الأسواق]

ولو أمره أن يشتري له بيضًا كان هذا على بيض الدجاج دون ما سواه ؛ لأن البيض الذي يعتاد بيعه في الأسواق هو بيض الدجاج دون ما سواه .

ولو حلف لا يأكل بيضًا ، كان على بيض الطير دون [بيض السمك][١] ؛ لأن بيض الطير[٢] يعتاد تسميته بيضًا ، (وقد بَيَّنَّا أن اليمين محمولة على ما يعتاد بالتسمية ، فأما بيض السمك فلا يعتاد تسميته بيضًا)[٣] على الإطلاق .

(١) في أ (غيره) والمثبت من ل .

(٢) في ل (الصيد) .

(٣) ساقطة من ل .

قال: ولو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل شحم بطن لم يحنث، وكذلك إن أكل أليةً؛ لأن [كل] واحد منهما لا يتناوله اسم اللحم، وإن أكل صفيف[1] وحش مكسودًا كان أو قديدًا، أو لحم طير، أو شحم الظهر[2]، فإنه يحنث؛ لأن الأيمان تحمل على ما يعتاد بالتسمية، وهذا كله يسمى لحمًا.

فأما شحم الجنب فهو لحم سمين، ألا ترى أنه يتخذ منه ما يتخذ من اللحم، [ولا يفرد عن اللحم بالبيع].

[قال: ولو أكل مُخًّا أو دماغ الرأس، لم يحنث؛ لأنّ هذا لا يتناوله الاسم، ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم، فلا يحنث بتناوله].

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل أمر رجلاً أن يشتري له ثوبًا ولم يسم جنسه ولا ثمنه، ودفع إليه الدراهم أو لم يدفع، قال: هذا لا يجوز.

وكذلك لو قال: اشتر لي مملوكًا أو مملوكة، أو قال: اشتر لي دابةً؛ لأن الثوب مجهول الجنس، وكذلك الدابة مجهولة الجنس، يتناول اسمها الخيل والحمير والبغال، وكذلك المملوك، وإذا جهل الجنس، كثرت الجهالة فلم تصح الوكالة وإن سمى الثمن.

وكذلك لو قال: اشتر لي دارًا؛ لأن الدور تختلف باختلاف البلدان والمواضع من كل بلد، فصارت كالأجناس.

وكذلك لو قال: اشتر لي جوهرًا؛ لأنه اسم لأجناس مختلفة.

---

(١) «الصَّفيف من: «صففت اللَّحْم: فهو صفيف، أي: قديد مجفف في الشمس، وصففته على النار لينشوي». المصباح (صفف).

(٢) في ل (الطير).

قال: [ولو سمّىٰ جنس الثوب ولم يُسم ثمنه، كان جائزًا، فإن جمعهما فهو أجوز، وكذلك] لو سمَّىٰ جنس الجارية ولم يسم الثمن، جاز، وإن سمَّىٰ الثمن مع ذلك فهو أجوز؛ وذلك لأنه إذا سمَّىٰ الجنسَ والصفةُ معلومة بحال الأمر، فكأنه ذكر الجنس والصفة، وأما إذا بيّن الثمن فقد بيّن الصفة نطقًا[1]، فهو أولىٰ من الرجوع إلىٰ دلالة الحال فيها.

ولو قال: اشتر لي دارًا[2] في موضع كذا، أو حبّة لؤلؤ، أو فص ياقوت أحمر، ولم يسم الثمن، فإن ذلك لا يلزم الآمر؛ لأن الجنس هاهنا معلوم، وهو يتفاوت تفاوتًا كثيرًا، لا يدل عليه حال الآمر، فلم يكن بد من بيان الثمن.

وقال الحسن: قال أبو حنيفة: إذا وكّل الرجل رجلاً أن يشتري له جارية أو خادمًا أو غلامًا، ولم يسم ثمنًا ولا جنسًا، فالوكالة باطلة، وإن قال: بألف، فهي جائزة [٤١٣/ب]، وهذا علىٰ ما بيّناه.

قال: فإن اشترىٰ جاريةً بَيْضَاء، أو سَوْداء، أو أندلسية، أو بها عَيْبٌ، أو عَوَر، أو عَمْيَاء، أو قطعاء اليدين والرجلين، بعد[3] أن يكون مثلها يشترىٰ بمثل ذلك الثمن، جاز علىٰ الآمر في قول أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: ليس له أن يشتري العمياء، ولا قَطْعَاء اليدين ولا الرِّجلين، وله أن يشتري العَوْرَاء، أو من بها عيب فاحش، بعد أن يكون مثلها تعمل أو ينتفع بها وتشترىٰ بمثل ذلك الثمن، وهذا علىٰ ما قدمنا من الخلاف.

---

(١) في ل (مطلقًا).

(٢) في ل (ذراعًا).

(٣) في ل (بمقدار).

وإنما يشترط أن يكون مثلها تشترىٰ بمثل ذلك الثمن ؛ لأن الوكيل بالشراء لا يجوز عقده إلا بمثل القيمة أو بزيادة يسيرة.

وقال أبو حنيفة: لو وكله أن يشتري له جارية بيضاء، أو حبشية، أو خراسانية، أو سندية، ولم يسم ثمنًا، فاشتراها علىٰ الصفة التي وصف له بثمن قليل أو كثير لزم ذلك الآمر، بعد أن يكون مثلها تشترىٰ بمثل ذلك؛ لأنه بيّن الجنس والصفة، فَقَلّت الجهالة.

ولو أمره أن يشتري له جارية بألف، فاشترىٰ له جارية بثمان مائة، ومثلها تشترىٰ بألف، جاز ذلك علىٰ الآمر؛ لأنه حصل له الصفة المقصودة وزاده خيرًا بنقصان العوض.

قال أبو الحسن: وإن وكله أن يشتري له جارية بعينها[١] بمائة دينار، فاشتراها بأقل من مائة دينار، جاز؛ لما قدمنا[٢].

وإن اشتراها بدراهم تكون قدر مائة دينار أو أقل، جاز علىٰ الآمر، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر: لا يلزم الآمر أن يشتريها بمثل ما سمىٰ له من النوع الذي سمَّىٰ.

قال أبو الحسن: والمشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد: أنه لا يجوز أن يشتريها بالدراهم كما قال زفر؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان، وإذا أمره بالشراء بالدراهم لم يجز أن يشتري بالدنانير[٣]، كما لو

---

(١) في ل (بيضاء).

(٢) انظر: الأصل ١١/٢٨٧.

(٣) في ل (بأحدهما لم يجز أن يشتري بالآخر).



اشتراها بحنطة أو شعير.

وجه رواية الحسن: أن الدراهم والدنانير أجْريا مجرىٰ الجنس الواحد، ولهذا يضم أحدهما إلىٰ الآخر في الزكاة.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترىٰ شيئًا بدراهم نسيئًا، لم يجز أن يبيعه من بائعه بدنانير أقل من ذلك.

وقالوا في الشفيع إذا بلغه أن الدار بيعت بألف، فسلم ثم علم أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف، صَحّ تسليمه.

وإذا أجريا في هذه المسألة مجرىٰ الجنس الواحد، فكذلك الوكالة؛ ولأن نقل أحد الجنسين إلىٰ الآخر يَتَسَهَّل، فصار الشراء بأحدهما كالشراء بالآخر.

وليس هذا كما لو اشتراها بحنطة، أو شعير، أو مكيل، أو موزون؛ لأن ذلك لم يجر مجرىٰ الدراهم في شيء من الأصول؛ ولأن نقل ذلك إلىٰ الدراهم يَصعب، فلو ألزمناه المُوَكِّل لألحقنا به الضرر.

قال الحسن: قال أبو حنيفة: ولو أمره أن يشتري له طيلسانًا[١] بمائة درهم، ولم يسم جنسه، أجوّز[٢] ذلك، وكذلك لو أمره أن يشتري له ثوب خزّ بمائة درهم، جاز ذلك، وهذا محمول علىٰ أن جنس الطيلسان معلوم بحال الآمر، وذكر الثمن يقوم مقام الصفة.

(١) «الطَّيْلَسَان ـ فارسي مُعرَّب: من لباس العجم، والجمع طَيَالِسَة». كما في المصباح؛ وفي المعجم الوجيز: «الطَّيْلَسَان: ضرب من الأوشحة يلبس علىٰ الكتف، أو يحيطُ بالبدن، خال من التفصيل والخياطة، أو هو ما يُعرف في العامية المصرية: بالشَّال». (طلس).

(٢) في ل (أجزت).

قال: وإن أمره أن يشتري له حنطة ولم يسم كيلاً ولا ثمنًا بطلت الوكالة؛ لأنه لا يعلم مقدار ما يشتري منها، فكثرت الجهالة لجهالة القدر(١).

قال: فإن سمىٰ كيلاً جاز، سمىٰ ثمنًا أو لم يسمِّ، وكذلك الدقيق والسمن والعسل والزيت والبزر؛ وذلك لأن القدر يعلم ببيان قدر الثمن، والجنس معلوم، [فقلّت](٢) الجهالة.

قال أبو حنيفة: إن قال: اشتر لي دُهْنًا بدرهم، فأيّ دُهْنٍ اشترىٰ جاز، وإن قال: اشتر لي فاكهة، فأي فاكهة اشترىٰ مما يباع في الأسواق جاز؛ لأن هذا وإن اختلف جنسه فهو معلوم بالعادة، فكأنه خيّره في الأنواع.

ولو قال: اشتر مما يباع في الأسواق، جاز؛ لأن هذا وإن اختلف جنسه، فهو معلوم بالعادة، فكأنه خيّره في الأنواع.

[قال]: ولو قال: اشتر لي لحمًا بدرهم، فاشترىٰ لحم غنم أو لحم إبل أو بقر من الذي [ينصب](٣) في الأسواق، جاز، وقد بَيَّنَّا هذا فيما تقدم.

وقال زفر ـ نسق روايته عن أبي حنيفة ـ: وليس للوكيل ولا للمأمور أن يوكل غيره، ولا يأمر غيره إلا بمحضر منه، فإن أمر غيره فاشترىٰ بغير محضر منه لم يلزم الآمر، وقد بَيَّنَّا هذه المسالة، (وذكرنا أن الموكل رضي برأيه ولم يرض برأي غيره.

---

(١) في ل (وكثرة الجهالة كجهالة القدر).

(٢) في أ (فغلب) والمثبت من ل.

(٣) في ل (يقصب).

فأما إذا [اشترى][1] الوكيل الثاني بمحضر من الوكيل الأول فقد انعقد العقد برأيه، وهذا مقصود الموكل.

قال: ولو قال الآمر للمأمور: ما صنعت من شيء فهو جائز، فللمأمور أن يوكِّلَ بذلك من أحب؛ لأنه فوّض إليه الرأي، ومن رأيه التوكيل. [والله أعلم][2].

(١) في أ (باع) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ١١/٢٧٨ وما بعدها.



بَابُ
الوكالةِ في البيعِ

قال: وإذا وَكَّلَ [رجلٌ] رجلاً ببيع شيء له كائنًا ما كان، فوكالته جائزة، وله عند أبي حنيفة أن يبيعه بأي قدر من الثمن شاء، قليلاً كان أو كثيرًا، أو بأي شيء كان الثمن عينًا أو دينًا، وهذه رواية أبي يوسف ومحمد.

وقال الحسن عن أبي حنيفة وزفر: إذا باعه بشيء[1] بعينه يساوي ما باعه جاز.

وأما جواز الوكالة بالبيع؛ فلِمَا قدّمنا أن الإنسان لا يقدر أن يتصرف في أمواله بنفسه [لكثرتها]، فلو لم يجز له التوكيل؛ أدّىٰ إلىٰ الإضرار به، ولأنه يملك البيع، وهو مما لا يسقط بالشبهة، فملك أن يوكل به.

فأما مقدار الثمن فعند أبي حنيفة: إذا أطلق الوكالة جاز بيع الوكيل بالقليل والكثير، وقالا: لا يجوز بيعه إلا بمثل قيمته أو بنقصان يسير.

لأبي حنيفة: أن الأمر متعلق بالعين التي وكل ببيعها، بدلالة أنه لو لم يسمها لم تصح الوكالة، والأمر عام في جميع الأثمان، فوجب اعتبار عمومه إلا أن يمنع منه مانع؛ ولأنه سمّىٰ ما يجوز أن يكون ثمنًا، فكأنَّه سمّىٰ ثمن المثل.

وليس كذلك الوكيل بالشراء؛ لأن الأمر لا يتناول الثمن المشترىٰ به؛ لأن صحة الوكالة لا تقف علىٰ تسميته، فلا تتعلق بالعين المأمور بشرائها، لأنها علىٰ ملك الغير، فلم يجز اعتبار عموم الأمر، وليس هناك مال تعلق به الأمر، فلم يبق إلا

(١) في ل زيادة (شيئًا معيَّنًا).



أن ينفذ تصرف الوكيل حكمًا، فلا يجوز إلا بالنقصان اليسير، كبيع الأب والوصي.

وجه قولهما: أن الوكالة مخصوصة بالعادة، وفي العادة أن الإنسان لا يبيع بالثمن اليسير، فلم يحمل الأمر عليه؛ ولأن النقصان الكثير في معنى الهبة، بدلالة أنه يكون من الثلث، وهبة ملك الغير لا تجوز.

وأما إذا باع بغير الأثمان، جاز عند أبي حنيفة؛ لأن الأمر بالبيع ينتظم[(١)] الجميع، ولأنا لو اعتبرنا الأمر فهو عام، وإن اعتبرنا العادة فالناس يبيعون تارة بالأثمان، وتارة بغيرها.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيع الوكيل إلا بالأثمان؛ لأن إطلاق البيع يقتضي مبيعًا[(٢)] وثمنًا، وما سوى ذلك يقال فيه [مقايضة][(٣)]، فلم يدخل تحت إطلاق البيع.

فأما رواية الحسن [٤١٤/أ] إذا باع بِعَرْضٍ[(٤)]: فهو مخالفة للرواية المشهورة؛ لأن الظاهر من قول أبي حنيفة: أن بيع الوكيل يجوز بالقليل والكثير، سواء بالأثمان أو بالأعيان.

ووجه رواية الحسن: أن البيع إذا وقع بالأعيان، فالوكيل مشتر لها بالسلعة التي وكل ببيعها، والوكيل بالشراء لا يجوز أن يعقد مع الغَبْنِ الكثير[(٥)].

---

(١) في ل (يتضمّن).

(٢) في ل (بيعًا).

(٣) في أ (مقارضة) والمثبت من ل. «والمُقَايَضَةُ: بيع السلعة بالسلعة». التعريفات (المقايضة).

(٤) «والعَرْض ـ بالسكون ـ: المتاع، قالوا: والدراهم والدنانير عَيْنٌ، وما سواهُما عَرْض، والجمع: عُرُوضٌ». المصباح (عرض).

(٥) «الغَبْن الفاحِش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل: ما لا يتغابن الناس فيه». التعريفات (غبن).



وأما إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو علىٰ وجهين:

إن كان مما لا ضرر في تبعيضه: جاز في قولهم، مثل أن يوكله ببيع كُرّ حنطة، فيبيع بعضه، أو يوكله ببيع عبدين فيبيع أحدهما؛ لأن قوله: بعْ، عام في[1] بيع الجملة صفقة واحدة، وفي بيعها صفقتان، وليس في تفريق ذلك ضرر، [وأما إذا كان في التفريق ضرر]: مثل أن يوكله ببيع عبد فيبيع نصفه، فذلك جائز عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعه للنصف إلا أن يجيزه الآمر.

لأبي حنيفة: أن قوله: بع، ينتظم الجملة وبعضها؛ بدلالة أنه إذا وكله في بيع الحنطة جاز أن يبيع بعضها، فإذا باع بعض العبد فقد فعل ما اقتضاه الأمر، فجاز.

ولأن من أصله: أنه لو باع الجميع بالثمن الذي باع به النصف جاز، فإذا باع به النصف فقد زاد الآمر خيرًا، وليس هذا كما لو وكّلَه بشراء عبد، فاشترىٰ نصفه؛ لأن الشركة في العبد عيب فاحش، وقد أدخل الضرر فيما عقد عليه بالوكالة، فلم يلزم الآمر.

وفي مسألتنا: أدخل الضرر فيما لم يبعه، ومخالفة الوكيل فيما لا يقع عليه العقد لا يمنع من جواز عقده في غيره.

وجه قولهما: أن الشركة عيب فاحش، فإذا باع النصف ألحق بالموكل الضرر في الباقي، فلم ينفذ عقده، ووقف علىٰ إجازة الآمر.

وقد اختلف أبو يوسف ومحمد: في الوكيل يشتري عبدًا إذا [اشترك

(١) في ل زيادة (في جميع).



بنصفه][1]، قال أبو يوسف: إن أعتقه الآمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز.

[وقال محمد: إن أعتقه الوكيل جاز، وإن أعتقه الموكِّل لم يجز].

لأبي يوسف: أن الوكالة إذا تعلقت بعين لم يملك الوكيل أن يشتريها لنفسه، فلما اشترىٰ نصف العبد وفي ذلك ضرر، وقف علىٰ إجازة الآمر، فإذا أعتقه فقد أجاز الشراء؛ ولأن العقد لو لم يقف علىٰ الآمر لم ينفذ بإجازته، وللزم الوكيل؛ لأن الشراء لا يقف.

وجه قول محمد: أن الوكيل لما ابتاع علىٰ وجه خالف به الآمر، لزمه الشراء كما لو وكّله أن يشتري بقدرٍ فاشترىٰ بأكثر منه، إلا أنه لا يقف؛ لأن الوكيل يقدر بحكم الوكالة أن يشتري الباقي فتزول المخالفة، فوقف لهذا المعنىٰ علىٰ الوكيل، فإذا أعتقه الآمر لم يجز.

فإن قيل: فهلا قال محمد: أنه إذا أمره أن يشتري بألف، فاشترىٰ بألفين، أن الشراء واقف في حق الوكيل؛ لأن المخالفة يجوز أن تزول بأن يحطّ البائع الفضل.

قيل له: حطّ البائع ليس بمعنىٰ مستفاد بالوكالة، فلا يقف العقد عليه، وشراء النصف الباقي من العبد مستفاد بالوكالة؛ فلذلك جاز أن يقف الشراء [عليه].

ومن هذا النوع قال أبو حنيفة: إذا وكَّله أن يشتري له عبدين بأعيانهما بألف قيمتهما سواء، فاشترىٰ أحدهما بستمائة، لم يلزم الآمر إلا أن يشتري الآخر ببقية الألف.

وقالا: يلزمه إذا كانت الزيادة يتغابن في مثلها، وكان يمكن أن يشتري العبد

(١) في النسختين (اشترىٰ نصفه) والمثبت هو ما يدل عليه السياق.

الباقي ببقية الألف.

لأبي حنيفة: أنه لما وكّله بشرائهما بألف وقيمتهما سواء، فكأنّه وكّله أن يشتري كل واحد بخمسمائة، فإذا زاد على ذلك لم يجز، قَلَّت الزيادة أم كثرت.

وجه قولهما: أنه إذا ازداد زيادة يتغابن في مثلها، ويمكن أن يشتري الباقي ببقية الألف، فلم يحصل الخلاف؛ لأن القسمة تقع بالحزر[1] والظن، فإذا لم [يتحقق][2] الخلاف جاز الشراء.

قال أبو الحسن: إذا سمّى الموكل جنسًا من الثمن، أو قدرًا منه، فباع بخلاف ذلك الجنس، أو بأقلَّ من القدر لم يجز البيع في قولهم؛ لأن الوكيل يتصرف من جهة الآمر، فإذا خالف الآمر فكأنّه ابتدأ التصرف، وإن باع بأكثر من القدر لم يجز البيع في قولهم، وإن باع بأكثر من القدر الذي سمى له وبجنسه، جاز عندهم؛ لأنه عقد على القدر الذي أذن له في العقد فيه، وزاد الموكّل خيرًا.

قال: وكل ما كان خلافًا في البيع، فالسلعة على ملك صاحبها، لا تزول عن ملكه إلا بإجازته؛ لأن الخلاف في الأمر يجعل الوكيل كالمبتدئ بالبيع بغير وكالة، فيقف على إجازة الموكل.

قال: وكل ما كان خلافًا في الشراء، فالشراء لازم للوكيل المشتري في ملكه دون الآمر، ولا يقف الشراء على إجازة من اشترى له، وإن أجازه الموكل لم يلزمه إلا أن يسَلِّمه المشترى له، فيكون عند تسليمه بيعًا مستقلاً بينه وبين الآمر.

(١) «الحَزرُ: التقدير، ومنه حَزَرْت النخل: إذا خَرَصْتَه، والجمع: حَزَرات». انظر: المغرب؛ المصباح (حزر).

(٢) في أ (يتبيّن) والمثبت من ل.

قال: وجملة هذا: أن العقود عندنا تقف على إجازة مجيزها، ولا فرق في ذلك بين [البيع والشراء][1]؛ وذلك لأن البيع إذا نفذ لم يقف، وإذا لم ينفذ وقف، [وكذلك الشراء عندنا إذا نفذ لم يقف، وإذا لم ينفذ وقف]، فإذا خالف الوكيل [الموكِّل] فهو مشترٍ في ذمة نفسه، والمبيع عندنا ينتقل إلى ملكه[2]، [ثم][3] ينتقل منه إلى موكله بالأمر، فإذا خالف الآمر بقي نافذًا في ذمته، فلم يقف، وإن لم ينفذ وقف.

وقد قالوا: إن الشراء يقف في مسائل:

منها: مشتري العبد المحجور، والصبي المحجور، وشراء المرتد، ومَنْ وكَّل بشراء عبد فاشترى نصفه، وإذا وكله بشراء عبد فاشترك[4] ـ يعني في ملك الموكل ـ، وقف العقد على إجازة الموكل.

والمعنى في هذه المواضع: أن العقد لا ينفذ فيها، فوقف، وفيما سواها ينفذ في ذمة المشتري، فلا يقف، فإذا أجاز الآمر وسلم المأمور قام ذلك مقام البيع المبتدأ فيما بينهما؛ لأن صحة البيع لا تقف على لفظ البيع.

قال: وإذا أجاز البيع على الموكل بوكالته أو بإجازته، فحقوق البيع كلها للوكيل وعليه قبض الثمن، وعليه تسليم المبيع دون الآمر، وهو خصم في العيب إن وجده المشتري في المبيع دون الآمر، وعليه الضمان إن استحق العبد دون

(١) في أ (البائع والمشتري) والمثبت من ل.
(٢) في ل (الوكيل).
(٣) في أ (لم) والمثبت من ل.
(٤) في ل (فاشتراه).



الآمر، وهذا قول أصحابنا جميعًا، وقد بَيَّنَّا هذه المسألة فيما مضىٰ.

قال: فإن أبرأ الوكيل المشتري من الثمن، أو أحال به علىٰ غير المشتري، أو أحاله بالثمن علىٰ المشتري في غيره، أو ارتهن الوكيل بالثمن، أو أقرّه[1] علىٰ المشتري، أو أخذ به عوضًا كائنًا ما كان، جاز ذلك علىٰ الوكيل للمشتري بعد أن يكون العوض يجوز أن يشتريه بالثمن، وكذلك إن صالحه من الثمن علىٰ شيء، فذلك كله جائز علىٰ الوكيل للمشتري، ليس للآمر إبطال شيء من ذلك ولا فسخه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، غير أنهما قالا: الوكيل ضامن للثمن في ذلك كله للآمر.

وقال أبو يوسف: لا يجوز ما فعل الوكيل من ذلك، كله علىٰ الآمر، والثمن علىٰ المشتري كما كان، استحسن هذا أبو يوسف، والقياس ما قالا.

وجه قولهما في جواز البراءة: أن الثمن في الذمة [٤١٤/ب] [يثبت له] حق المطالبة، والمطالبةُ من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالوكيل، وهو يملك إسقاط حق نفسه، وإذا أسقطه سقط، كمن باع لنفسه.

لأبي يوسف: أن الثمن ملك للموكل، فإذا أبرأ الوكيل فقط أسقط حق غيره، والإنسان لا يملك إسقاط حق غيره، إلا أن علىٰ الوكيل الضمان؛ لأنه بالبراءة منع أن يتعين حق الموكل في الثاني، ومنع[2] تعيين الملك كإتلاف الملك، بدلالة ضمان المغرور؛ لأنه [منع] من وقوع الرق.

وإذا ثبت أن البراءة جائزة، فكذلك الحط؛ لأنه براءة عن بعض الثمن،

---

(١) في ل (أو آجره عن المشتري).
(٢) في ل (ومن منع... فكأنّه أتلف...).



وكذلك التأخير؛ لأنه إسقاط حق المطالبة في مدة مخصوصة، والوكيل يملك إسقاط المطالبة على التأبيد وكذلك في مدة، ويضمن؛ لأنه أخر تغيير الحق عن مستحقه، ولا فرق بين إتلاف الملك وبين تأخير إيصالها إلى مستحقيها، ألا ترى أن الغاصب إذا أتلف العين ضمن، وإذا [غيّبها](١) ضمن؛ لتعذر [الوصول إليها](٢) وإن جاز أن يصل إليها في الثاني.

وأما أن يشتري الوكيل بالثمن شيئًا، جاز؛ لأن ذلك يوجب سقوط الثمن حكمًا، وهو يملك إسقاطه قولاً، ويضمن؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي ضمان العوضين.

وكذلك إذا صالح من الثمن، جاز؛ لأن الصلح موضوع لإسقاط الحق كالبراءة، ويضمن؛ لأنّ الصلح وإن لم يقتض الضمان فقد منع من تغيير حق الموكل.

قال: وللوكيل أن يوكل في الحقوق التي يُوجبها العقد له وعليه من شاء، وإن وكّل الموكل في ذلك لم تجز وكالته؛ لأنّها ليست حقوقًا له ولا عليه؛ وذلك لما قدمنا أن حقوق العقد تثبت للوكيل بعقده لا بالوكالة، وكذلك لا يملك الموكل عزله عنها، فصار كحقوق نفسه، فجاز له التوكيل فيها. [والله أعلم](٣).

---

(١) في أ (غشّها) والمثبت من ل.

(٢) في أ (وصولها) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٢٧٢/١١ ـ ٢٨٢.



بَابُ
ما يخرجُ الوكيل من الوكالةِ

قال [أبو الحسن]: وإذا وكّل رجلٌ رجلاً ببيع أو شراء أو غير ذلك، ثم أخرج الموكل الوكيل من الوكالة [بغير محضر من الوكيل]، فإخراجه باطل، وهو علىٰ وكالته حتىٰ يشافهه الآمر بذلك، أو يرسل به إليه رسولاً.

فإن أخبر الوكيل بإخراج الموكل له من الوكالة رجل علىٰ غير رسالةٍ من الموكل، وكان المخبر رجلاً حرًا عدلاً أو غير عدل، أو امرأة حرة، أو عبدًا، أو أمةً، أو صبيًا، خرج الوكيل من الوكالة عند أبي يوسف ومحمد إذا علم أن الخبر صدق.

وقال أبو حنيفة: لا يكون ذلك إخراجًا حتىٰ يخبره رجل عدل أو امرأة عدلة، أو يخبره رجلان وإن كانا غير عدلين، وقد بَيَّنَّا هذه المسألة فيما مضىٰ.

قال: وإذا مات الموكل أو جُنَّ جُنُونًا مُطْبَقًا خرج الوكيل من الوكالة؛ وذلك لأن الوكيل يتصرف بالأمر، وموت الموكل وجنونه يبطل أمره، فأبطل تصرف وكيله.

ولا يقال: لو جُنَّ الراهن أو مات جاز بيع العدل، وإن كان يتصرف بأمره؛ لأن الوكالة هناك تعلق بها حق الغير، حتىٰ لا يملك الراهن العزل، وتعيّنت في العين، فتعلقت بها كتعلق الإمساك، فلذلك لم يبطل بالموت والجنون.

فإن قيل: فقد قالوا في المُدَّعِي إذا طالب المُدَّعِىٰ عليه [توكيلاً][(١)] بحضرة الحاكم، فوكَّل، لم يجز له عزله بغير حضور خصمه، ولو مات أو جُنَّ بطلت وكالته.

قلنا: هناك قد تعلق بالوكالة حق الغير؛ إلا أنها لم تتعلق [بالعين][(٢)]، فلذلك بطلت ببطلان الأمر وإن لم يبطل بالعزل[(٣)].

قال: وكذلك إذا ارتد الموكل عند أبي حنيفة، وهو رجل، فإن الوكيل تقف وكالته، فإن أسلم جازت وكالته الأولىٰ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب خرج الوكيل من الوكالة إذا حكم بلحاقه.

وقال أبو يوسف ومحمد: وكيل المرتد علىٰ وكالته ما لم يقتل أو يموت أو يلحق [بدار الحرب] فيحكم بلحاقه، وقد بَيَّنَّا هذا فيما مضىٰ، وهو فرع علىٰ اختلافهم في وقوف تصرف الوكيل.

[قال]: فإن كان الموكل امرأة فارتدت، فالوكيل علىٰ وكالته حتىٰ تموت أو تلحق فيحكم بلحاقها، إلا أن ردة المرأة لا توجب زوال أملاكها، فلم يؤثر ذلك في تصرفها.

قال: وحَدُّ الجنون المُطْبَق عند أبي حنيفة شَهْرٌ، وقد كان محمد يقول [بهذا] ثم رجع فقال: حولاً كاملاً، وقد حكي عنه أكثر الحول، وحكىٰ أبو بكر الرازي عن أبي يوسف: أكثر من يوم.

---

(١) في أ (وكيل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (بالغير) والمثبت من ل.

(٣) في ل (بالقول).



ووجهه: أن الجنون إذا زاد على يوم وليلة أسقط فرض الصلاة، وزال التكليف، فصار كالموت.

وجه الرواية التي اعتبرت الشهر: لأنه يسقط الصلاة والصوم.

[ووجه الرواية التي اعتبرت الحول: أنه يسقط كل العبادات: الصلاة، والصوم]، والزكاة، والحج.

قال: وإن جاء المرتد في دار الحرب مسلمًا قبل أن يحكم بلحاقه، فالوكيل على وكالته؛ لأن أملاكه موقوفة، [فتصرفه كذلك][1]، فإذا عاد مسلمًا قبل الحكم، فكأنه لم يزل كذلك.

وإن جاء مسلمًا بعد الحكم بلحاقه لم يعد الوكيل في الوكالة الأولى أبدًا، [وقد بَيَّنَّا هذا الفصل، وذكرنا ما رُوي عن محمد: أن الوكالة تعود].

قال: وإن ارتد الوكيل وخرج إلى دار الحرب[2] انقطعت وكالته، فإن عاد لم يعد في قول أبي يوسف، وقال محمد: يعود، وقد قدمنا هذا.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل أمر رجلاً ببيع عبده، ثم أخرجه من الوكالة وهو لا يعلم، ثم باع وقبض الثمن، فهلك في يد الوكيل، أو مات العبد في يد الوكيل قبل أن يسلمه: أن للمشتري أن يرجع بالثّمن على الوكيل، ويرجع الوكيل على مولى العبد؛ لأنه لم ينعزل عن الوكالة، فما يلزمه من الضمان يرجع به على موكله.

---

(١) في أ (وتصرفه) والمثبت من ل.

(٢) في ل (دار الإسلام).

قال: وكذلك إن كان مولىٰ العبد باعه ولم يعلم الوكيل؛ وذلك لأن [البيع][1] إن زال به مِلْكُ المُوَكِّل فقد غُرِّرَ الوكيل في التصرف حين لم يعلم بالعزل، فرجع عليه بحكم الغرور.

وكذلك لو دبّره أو أعتقه؛ لأنّ الملك قد زال في العتق، وتعذر البيع بالتدبير، وذلك لا يمنع من بقاء الغرور.

ولو أن العبد استحق، وكان حرًا في الأصل، كان مثل ذلك؛ لأنه قد [غَرّه][2] بالأمر ببيعه.

قال: ولو [كان] وكّله بقبض دين علىٰ رجل ثم إن رب المال وهب المال للذي عليه الدين، والوكيل لا يعلم، فقبض الوكيل المال، فهلك في يده، فإن لدافع الدين أن يأخذ به الموكل، ولا ضمان علىٰ الوكيل؛ [لأنّ][3] قبض الوكيل كقبض الموكل، ويده قائمة مقامَ يده، فكأنَّه قبض الدين مرّتين، فيرجع إليه بأحدهما.

قال: ولو كان العبد الذي أمر الوكيل ببيعه مات، أو مات الموكل، والوكيل لا يعلم بذلك، فباع وقبض الثمن بعد موت الآمر، فإن المشتري يرجع علىٰ الوكيل، ولا يرجع المشتري علىٰ الآمر في تركته إن كان هو الميت.

قال أبو يوسف: [٤١٥/أ] خرج الأمر من الغرور بالموت، وموته وموت العبد سواء؛ وذلك لأن الوكالة بطلت بالموت، وإنما كان يجبُ الضمانُ بالغرور، فإذا

(١) في أ (المبيع) والمثبت من ل.

(٢) في أ (يحرم) والمثبت من ل.

(٣) في أ (إلّا أنّ) والمثبت من ل.



مات استحال أن يكون غارًّا بعد موته، فلم يلزمه الضمان، وإذا مات العبد فالعقد [عليه] لم ينصرف [إلىٰ غيره]، فهو عقد باطل، فلا يدخل تحت الأمر حتىٰ يثبت الغرور لأجله، وليس كذلك بيع الحر؛ لأن هناك [عينًا][1] تقع الإشارة بالعقد إليها، فيثبت حكم الغرور لأجلها.

وقال أبو يوسف: إذا وكل رجل رجلاً بطلاق امرأته، ثم طلقها الزوج، فقد خرج الوكيل من الوكالة، وهذا محمول علىٰ أن الموكل طلقها ثلاثًا، أو طلقها واحدة، وانقضت عدتها؛ لأنه لم يبق هناك طلاق يقع تصرف الوكيل فيه.

فأما إذا طلقها الموكل واحدة، فَتَصَرُّفُ الوكيل غير متعذر بأن يطلق بقية الطلاق.

قال: وكذلك لو قال: اخلعها، ثم خلعها؛ لأنّ الخلع بعد الخلع لا يَصِحُّ، فيتعذر التصرف علىٰ الوكيل.

وكذلك لو وكّله بعتق عبده ثم أعتقه، أو [بمكاتبة][2] ثم كاتبه، أو بتزويج امرأة فتزوجها، أو شراء شيء ثم اشتراه؛ لأن الموكل لما تصرَّف فيما وكَّل فيه، تعذر التصرف علىٰ وكيله، فلم يصح تصرفه.

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل وكّل رجلاً ببيع عبده فباعه ثم ردّ عليه بعيب: فله أن يبيعه مرة أخرىٰ، ولو وكله أن يهب عبده، فوهبه ثم رجع في هبته، لم يكن للوكيل أن يهبه ثانيةً.

---

(١) في أ (عقدًا) والمثبت من ل.

(٢) في أ (بكتابة) والمثبت من ل.

قال: لا يشبه البيعُ الهبةَ ؛ وذلك لأن الوكيل إذا باع لم ينقض وكالته ؛ بدلالة أنه يقبض الثمن بحكمها ، ويخاصم في العيب ، وإذا بقيت الوكالة ثم انفسخ بيعه ، جاز أن يبيع بحكمها ، وأما إذا وهب فقد انقضت وكالته ، بدلالة أنه لا يملك الرجوع ، ولا يصح تسليمه ، فإذا رجع الموكل في الهبة ولا وكالة ، لم يجز للوكيل أن يهب.

قال محمد: في رجل وكَّل رجلاً ببيع عبد له فباعه الآمر ، فرُدَّ على الآمر بعيب: كان للوكيل أن يبيعه ، ولا يكون بيعه إخراجًا له من الوكالة.

وكذلك لو وكّل كُلّ واحد من الرجلين فباعه أحدهما ، فرُدَّ عليه بعيب ، فلكل واحد منهما أن يبيعه.

وقال أبو يوسف: ليس للوكيل أن يبيعه.

وجه قول أبي يوسف: أن الموكل لما تصرف فيما وكّل فيه صار ذلك منعًا للوكيل من التصرف ، فهو كالعزل ، فلا يعود الأمر إلا بوكالة مستقلة.

لمحمد: أنّ الموكل لم يتلفظ بالعزل ، وإنما تعذر على الوكيل البيع لخروج العبد من ملك الموكل ، فإذا عاد على حكم الملك الأول عادت حقوقه [فيه] ، فجاز البيع.

قال محمد: ولو وكّل رجلاً بكتابة عبد ، فكاتبه ، ثم عجز ، لم يكن له أن يكاتبه مرة أخرى ؛ لأن حقوق الكتابة لا تتعلق بالعاقد ، فإذا عقدها [فقد] انقضت وكالته ، فلا يجوز [له] بعد ذلك أن يكاتب ، قال: وكذلك لو كان المولى كاتبه ، خرج الوكيل من الوكالة.



وكذلك لو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها، ثم تزوجها وطلقها تطليقة بائنة، لم يكن له أن يزوجها من الزوج مرة أخرىٰ؛ لأن حقوق هذه العقود لا تتعلق بالعاقد، فإذا عقدها انقضت وكالته، فلم يجز بعد ذلك عقده، وإذا كان لو عقد هو لم يجز له أن يعقد، فإذا عقد موكله لم يجز له أن يعقد بعده، ألا ترىٰ أن عقد البيع لما كان عقده [له] لا يمنعه من العقد بعده إذا انفسخ، كان كذلك عقد موكله.

وقال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف يقول في رجل وكل رجلاً ببيع عبد له، ثم إن المولىٰ باعه، فرد عليه بعيب بقضاء [قاضٍ]: فليس للوكيل أن يبيعه؛ لأن بيع المولىٰ إخراج للوكيل من الوكالة، وقد بَيَّنَّا وجه ذلك.

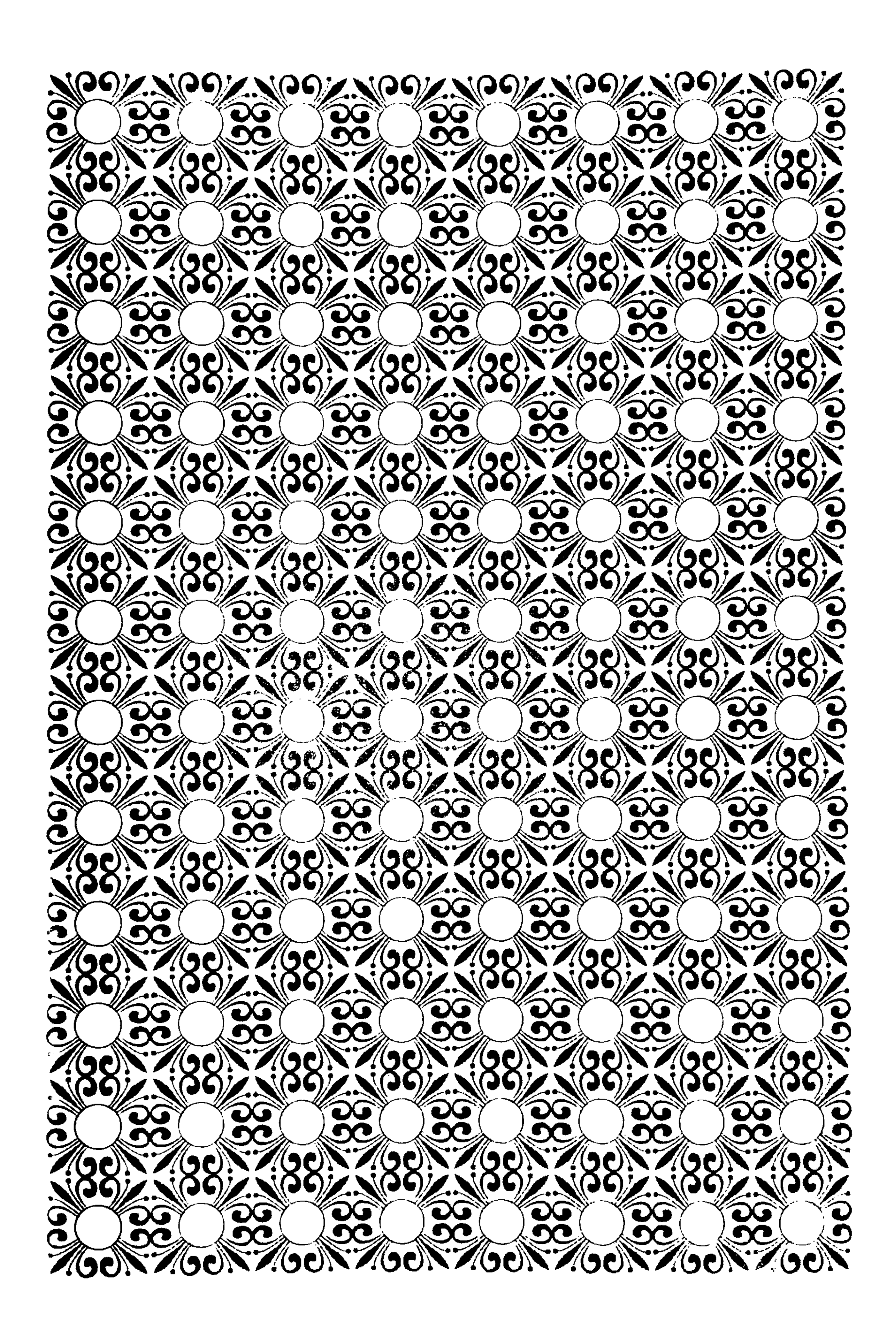
قال: ولو كان الوكيل باعه، ثم رد عليه بعيب بقضاء، فإن الوكيل علىٰ وكالته؛ لما قدّمنا أن بيعه لا يبطل وكالته، بدلالة أنه يتصرف بحكم الوكالة في حقوق العقد الأول، فكذلك يملك أن يبيع ثانيًا. [والله أعلم][1].

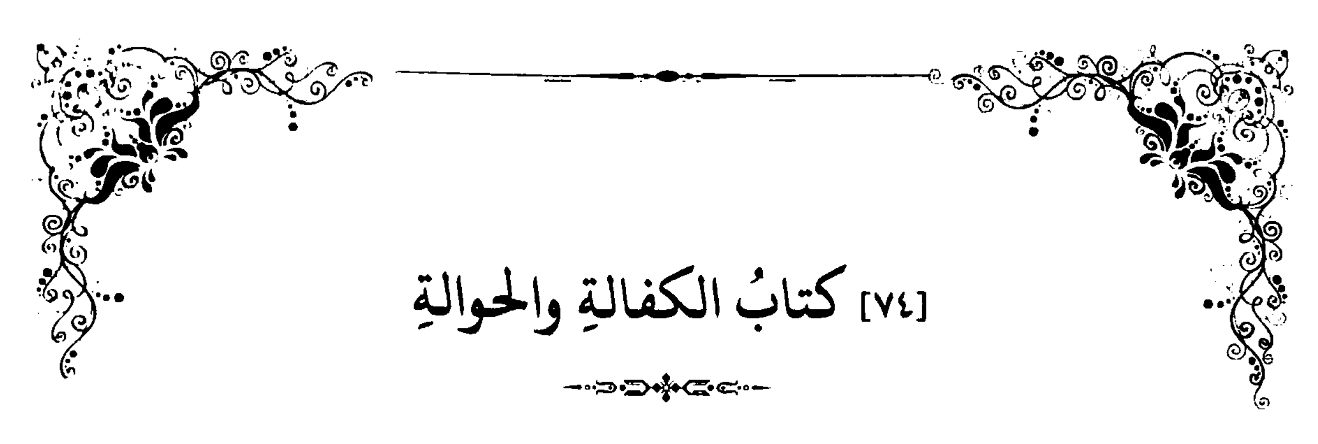
تم كتاب الوكالة والحمد لله وحده

وصلواته علىٰ محمد الهادي من الضلالة، وآله الطاهرين



(١) انظر: الأصل ١١/٥٠٢، ٥٠٣؛ مختصر القدوري ص٢٥٩.





[٧٤] كتابُ الكفالةِ والحوالةِ

قال رحمه الله تعالىٰ: الكفالة[١] في اللغة عبارة[٢] عن الضم، ومنه الكفل للخشبة التي يُعَمّد بها الحائط، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، يعني ضمّها إلىٰ نفسه.

وإنما سميت الكفالة كفالة؛ لأنّه ضَمُّ إحدىٰ الذمتين إلىٰ الأخرىٰ في التوثق، وهو عقد جائز، والدليل عليه قوله ﷺ: «**الزعيم غارم**»[٣]، وبُعِث [النبي ﷺ] والناس يتكفلون، فأقرّهم علىٰ ذلك كما أَقَرَّهُم علىٰ سائر العقود.

وقال أصحابنا: الكفالة لا توجب براءة المكفول عنه، وقال ابن أبي ليلىٰ: يبرأ.

لنا: أن الكفالة ضم إحدىٰ الذمتين إلىٰ الأخرىٰ، فلو برئ المكفول عنه لم [يوجد][٤] معنىٰ الضم؛ ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، فلو اقتضت الكفالة البراءة لصارت حِوالة، واتفق معنىٰ العقدين، وهذا يمنع من

---

(١) الكفالة لغة: بمعنىٰ الضم، قال المطرزي: الكفيل: الضامن، وتركيبه دال علىٰ الضم والتضمين». المغرب (كفل).
وشرعًا عرفها الموصلي بأنها: «ضم ذمة الكفيل إلىٰ ذمة الأصيل في المطالبة». الاختيار ٢/١٦٦؛ وزاد الحدادي: «دون الدين، بل أصل الدين في ذمة الأصيل علىٰ حاله». الجوهرة ص ٤٠٠.

(٢) في ل (مأخوذة).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٤٤)؛ والترمذي (١٢٦٥)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٦/٨٨.

(٤) في أ (يصح) والمثبت من ل.




اختلاف اسمها ؛ ولأنه يقال إن صاحب الحق له مال واحد ، فلو ثبت كله[1] في ذمة كل واحد منهما لثبت له مالان ، وهذا لا يصح .

[قيل له: هذا][2] باطل بالغاصب وغاصب الغاصب أن الضمان ثابت في ذمة كل واحد منهما ، وإن لم يكن للمغصوب إلا مال واحد ؛ ولأن الدَّين ثبت في ذمتهما على طريق البدل ، ألا ترى أن المضمون له لا يستوفي منهما ، وإنما يستوفي من أحدهما ، ويسقط حقه من الآخر ، فلم يكن في ذلك إثبات مالَين .

قال أبو الحسن: كل دين ثبت في ذمة امرأة أو رجل ، حر أو عبد ، صغير أو كبير ، مأذون له أو محجور عليه ، فكفل بذلك عليه رجل يجوز تبرعه في ماله: جازت كفالته ، ولزمه ما كفل به من ذلك ، وهذا صحيح ؛ لأن كل دين صحيح فضمانه جائز ؛ لأن الكفيل يلزمه ما في ذمة المكفول عنه ، فإذا كان في ذمته دين صحيح لزم كفيله ، وهذا موجود فيما ذكره من دين الرجل والمرأة والحر والعبد ؛ ولأن العبد المحجور يلزمه الديون ، وإنما تتأخر مطالبته ، فالكفالة بدينه جائزة ، كما يجوز بالدين المؤجل .

وأما مال الكتابة فلا يجوز الكفالة به ؛ لأنه ليس بدين صحيح ، ألا ترى أنه دين المولى على عبده ، فلا يثبت ثبوتًا صحيحًا ؛ فلذلك لم يجز الكفالة به .

يبيّن ذلك: أن الكفالة لو صحّت لم يخل أن يثبت الدين في ذمة الكفيل ناقصًا أو كاملاً ، ولا يجوز أن يثبت كاملاً ؛ لأنّ الكفيل لا يلزمه[3] أكثر مما لزم

---

(١) في ل (ما في ذمة).

(٢) في أ (لأنه) والمثبت من ل .

(٣) في ل (يلزمه).



المكفول عنه، ولا يجوز أن يثبت ناقصًا؛ لأنَّ النقص في ذمة المكاتب إنما هو لأنه دين المولىٰ عليه، وهذا المعنىٰ لا يوجد في حق الكفيل، و[قد] قالوا: إن الكفالة لا تصح؛ لأن من حكم مال الكتابة أن تثبت في ذمة عبد، فإذا تكفل الحرّ به لم يجز ثبوته مع الحريّة.

فأما مال السعاية [٤١٥/ب] فلا تجوز الكفالة به عند أبي حنيفة علىٰ أصله: أن المستسعىٰ مكاتب، فأما علىٰ قولهما فهو حُرٌّ، فتجوز الكفالة بدينه، كما تجوز بدين سائر الأحرار.

فأما ما شرطه أبو الحسن من كون الكفيل ممن يصح تبرعه في ماله؛ فلأن الكفالة عقد تبرع، فمن لا يصح تبرعه لا تصحُّ كفالته، فمن ذلك الصبي المحجور، لا تصح كفالته كما لا يصح قرضه، والعبد المحجور لا يطالب بحكم الكفالة في الحال، ويطالب بها بعد الحرية، والمريض كفالته من الثلث، كما أن تبرعه من الثلث، والمكاتب لا تصح كفالته كما لا يصح تبرعه.

قال: والمكفول له بالخيار: إن شاء طالب بذلك الكفيل، وإن شاء طالب المكفول عنه؛ لما ثبت[1] أن الدين ثابت في ذمة كل واحد منهما، فجاز للطالب أن يستوفي من أيهما شاء.

وقد قالوا: إن الطالب [إذا اختار مطالبة الكفيل، فإن له بعد ذلك مطالبة المكفول عنه]، وإذا اختار مطالبة المكفول [عنه]، كان له مطالبة الكفيل، وقالوا في الغاصب وغاصب الغاصب: إذا اختار المالك تضمين أحدهما لم يكن له تضمين الآخر؛ وذلك لأن اختيار التضمين يتضمّن نقل الملك إلىٰ الضامن في

(١) في ل (بيّنا).




العين المغصوبة، ويستحيل أن يملك العين لاثنين كل واحد منهما جميعًا، وفي مسألتنا: ليس في المطالبة تمليك للطالب؛ فلذلك لم يمنع من المطالبة.

وقد قال أبو حنيفة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر، فشريكه بالخيار: إن شاء ضمنه، وإن شاء استسعىٰ، فإن اختار أحد الأمرين لم يكن [له] اختيار الآخر؛ لأن في اختياره الضمان نقلاً لنصيبه إلىٰ شريكه، ويستحيل أن ينقل نصيبه ثم يختار سعايته بعد ذلك.

قال: وإن أخذ الطالب المكفول عنه بالمال فأَدَّاه، برئ الكفيل، ولا يرجع المكفول عنه عليه بشيء؛ وذلك لأن أداء المكفول عنه تبرئة من الدين، وبراءة المكفول براءة لكفيله، ألا ترىٰ أن الكفيل إنما يضمن ما في ذمته، فإذا سقط ما في ذمته بالأَدَاءِ لم يجز إبقاء الضمان علىٰ كفيله، وإنما لا يرجع المكفول عنه علىٰ الكفيل؛ لأن حاصل الضمان عليه، فلو رجع علىٰ كفيله لرجع كفيله عليه، فلم يكن للرجوع فائدة.

قال: وإن أخذه الكفيل فأداه إليه، رجع بما ضمن[1] علىٰ المكفول عنه إذا [كان] كفل عنه بأمره، وهو ممن يجوز إقراره علىٰ نفسه بالدين؛ وذلك لأن الكفيل يملك ما في ذمته بالأداء، فرجع علىٰ المكفول عنه بحكم الآمر؛ لأن الكفالة طلب للقرض، والكفيل إذا أدىٰ مقرضًا للمكفول عنه فيرجع عليه بما أقرضه.

وأما إذا كان المكفول عنه ممن لا يلزمه إقراره، لم يرجع عليه كفيله بشيء، كالصبي المحجور إذا أمر رجلاً أن يتكفل عنه؛ لأن الأمر بالكفالة طلب للقرض،

---

(١) في ل (بما كان).




واستقراض الصبي لا يتعلق به ضمان عليه.

وأما العبد المحجور عليه إذا أمر رجلاً أن يتكفل عنه، فإنه لا يرجع عليه [بشيء] حتىٰ يعتق؛ لأن قوله صحيح في حق نفسه، غير ثابت في حق مولاه، فلم يلزمه ضمان في الحال، فإذا أعتق لم يبق إلا حق نفسه، فيلزمه الضمان.

وأما إذا كانت الكفالة بغير أمر المكفول عنه لم يرجع الكفيل عليه عندنا، وقال مالك: يرجع[١].

لنا: أنه تبرّع بقضاء دين غيره، فصار كمن تبرع بالإنفاق علىٰ أهله أو داره، فلا يرجع به عليه، ولا يقال: إن صاحب الدين ملّكه الدين بما أخذ منه؛ لأن تمليك الدين عندنا لا يجوز لغير من في ذمته.

قال: وإذا طولب الكفيل بأداء ما عليه من المال، فله أن يطالب المكفول عنه لخلاصه مما يطالب به، فيقول للمكفول عنه أدِّ المال إلىٰ الطالب، وليس له أن يقول أدّ المال إليّ، فإن لم يؤدّه حتىٰ أدّاه الكفيل رجع بما أدّىٰ علىٰ المكفول عنه إن كان أمره بالكفالة.

وجملة هذا: أن الكفيل ليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدّي؛ لأنه في حكم المقرض، ومن سأل رجلاً أن يقرضه فلم يفعل لم يكن له أن يرجع عليه بشيء، إلا أنه إذا طولب طالب المكفول عنه بالخلاص، فإن حبس كان له أن يحبس المكفول عنه؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه المطالبة، فكان عليه خلاصه منها، ألا ترىٰ أنه لو أدّىٰ رجع؛ لأنه هو الذي ألزمه [الأداء][٢]، فلزمه خلاصه

(١) انظر: المدونة ٥/٢٥٣، ٢٥٩؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٣٥٤.

(٢) في أ (الأول) والمثبت من ل.




منه، فكذلك المطالبة والحبس.

قال محمد في إملائه: إذا قال رجل لرجل له على رجل مال: دعه وأنا ضامن ما عليه، أو كفيل بذلك، أو قبيل، أو زعيم بذلك، أو هو عليّ، أو إليّ، أو هو لك عندي، فهذا كله ضمان صحيح جائز، و[كذلك] لو قال: هو لك قِبَلِي، ولا يبرأ صاحبُ الأصل في هذه الوجوه، ولصاحب المال أن يطالب أيّهما شاء.

[وأما قوله: وأنا ضامن لما عليه، فهذا صريح الضمان، وذلك معنى الكفالة، وذِكر معنى العقد كذِكر العقد].

وأما قوله: وأنا كفيل، فهذا اللفظ صريح بالعقد، فيلزمه حكمه، وأما القبيل فهو في اللغة الكفيل، ومعناه القابل للضمان، فذكر أحد اللفظين كذكر الآخر، وأما الزعيم فهو الكفيل، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، أي: ضمين، قال النبي ﷺ: «**الزعيم غارم**»[١].

وأما قوله: فهو عَليّ، [فعليَّ][٢] من ألفاظ الوجوب، وقوله (إليَّ) يفيد الضمان، الدليل عليه: قول رسول الله ﷺ: [«**أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك دينًا فإليّ**»[٣]، وروي من حديث قتادة: (أن رجلاً من الأنصار مات، فلما وضع ليصلى عليه، فقال رسول الله ﷺ:] «**هل على صاحبكم من دين؟**» فقالوا: نعم، ديناران، فتأخر النبي ﷺ وقال: «**صلّوا على صاحبكم**»[٤]، فقال أبو قتادة: هما إليّ والميت منهما بريء، فصلّى عليه ﷺ)،

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (١٢٦٥) وقال: «حسن غريب».
(٢) في أ (قيل) والمثبت من ل.
(٣) أخرجه البخاري (٦٣٥٠)؛ ومسلم (٨٦٧).
(٤) أخرجه البخاري (٢١٧٣)؛ ومسلم (١٦١٩).




فدل هذا على أن هذا لفظ ضمان.

وأما قوله: هو لك عندي و[قِبَلي]، فظاهر هذا اللفظ يفيد اليد، ألا ترى أنهم قالوا فيمن أَقرَّ أن لفلان عنده أو قِبَله ألفاً، أنها عنده وديعة، [وجعلوا][1] ذلك في مسألتنا ضمانًا في الذمة؛ لأنه لما أشار إلى الدين فقال هو عندي، فالدين لا يوصف بثبوته[2] في اليد، فلم يبق إلا أن يراد به الذمة، [وقد][3] يعبّر بهذا اللفظ عمَّا في الذمة، وإن لم يكن ظاهرًا؛ فلذلك حمل عليه في مسألتنا لما لم يمكن حمله على حقيقته.

قال: فإن وهب الذي له المالُ المالَ لأحدهما، فهذا [وأداء المال][4] سواء، وكذلك لو مات الطالب فورثه أحدهما؛ لأن الهبة يملك بها ما في الذمة، وكذلك الميراث، فإن كان الموهوب له والوارث كفيلاً فقد ملك ما في ذمته بالهبة والميراث، فيرجع على صاحب الأصل، كما لو ملك ذلك بالأداء، فإن الموهوب له [أو] الوارث [هو] المكفول عنه برئ الكفيل؛ لأن المكفول عنه ملك ما في ذمة نفسه، فكأنه أدّى[5].

قال: ولو أبرأ الطالب أحدهما، فقال: قد أبرأتك من المال، فإن كان المبرأ الذي عليه الأصل فقد برئا جميعًا، فلا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء، فإن كان المُبْرَأ هو الكفيل برئ [خاصة][6] والمال على صاحب الأصل على

(١) في أ (وفعلوا) والمثبت من ل.
(٢) في ل (بكونه).
(٣) في أ (وهذا) والمثبت من ل.
(٤) في أ (وأما) والمثبت من ل.
(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٣/٢٤٠.
(٦) في أ (صاحبه) والمثبت من ل.




حاله، وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره.

أما براءة صاحب الأصل فهي براءة الكفيل؛ لأن الضمان لا يجب إلا فيما هو مضمون على صاحب الأصل، فإذا سقط [٤١٦/أ] الضمان من ذمته بالبراءة سقط عن كفيله؛ لاستحالة بقاء الفرع مع زوال أصله، ولأن سقوط الدين عن ذمة صاحب الأصل بالبراءة كسقوطه بالأداء، فكما برئ الكفيل بأحدهما، فكذلك الآخر.

وأما براءة الكفيل فإنها لا توجب براءة صاحب الأصل؛ لأن سقوط الدين عن ذمة الكفيل لا يمنع بقاءَه على صاحب الأصل كالابتداء، ألا ترى أن قبل الكفالة كان الدين ثابتًا على صاحب الأصل دون الكفيل، كذلك بعد[1] البراءة.

قال: ولو قال لأحدهما: برئت إلي من المال، فهو إقرار بالقبض، وهو بمنزلة الأداء، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا؛ لأنه ذكر براءة مضافة إلى فعل المطلوب، وهو [لا] يملك أن يبرئ نفسه [إلّا بالأداء][2]، فكأنه قال: أديت إلي.

وقال أبو يوسف: إذا قال لأحدهما: قد برئت من المال، فهو إقرار بالقبض، وقال محمد: هذا بمنزلة قوله: قد أبرأتك من المال.

لأبي يوسف: أنه ذكر براءة مضافةً إلى المطلوب، وذلك يكون بالأداء، فكأنه قال: برئت إِلَيَّ.

لمحمد: أنه يحتمل أن يكون برئت؛ لأنك أديت، ويحتمل [أن يكون]

(١) في ل (بغير).
(٢) المضافة ما بين المعقوفتين زيدت من ل لاستقامة العبارة.




برئتُ ؛ لأني أبرأتك ، فلا يجوز إثبات الأداء بالشك .

وليس كذلك إذا قال: برئت إلي ؛ لأنه ذكر براءة ابتداءً، وهذا في المطلوب ، وغايتها الطالب ، وذلك لا يكون إلا بالأداء.

قال أبو الحسن: فإن لم يؤد المكفول عنه المال حتىٰ أبرأه الكفيل مما ضمنه عنه قبل أدائه ، أو وهبه له ، أو تصدق به عليه ، جاز ذلك ، فإن أدىٰ الكفيل المال بعد ذلك لم يرجع به علىٰ المكفول عنه ، وهذا في إملاء أبي سليمان عن محمد .

والوجه فيه: أن العقد يثبت للكفيل في ذمة المكفول عنه مثل ما يثبت في ذمة الكفيل للمكفول له ، وإن كان لا يطالب إلا بعد الأداء فقد صار العقد سببًا في ثبوت الحق ، فجازت البراءة عند وجود سبب الحق ، كما يجوز من الدين المؤجل ، وكما يجوز من الأجرة مع[1] العقد ، فإذا أدّىٰ الكفيل بعد البراءة لم يرجع كما لو أبرأه بعد أدائه[2].



(١) في ل (بعد).

(٢) انظر: الأصل ١٠/٣٧٠ وما بعدها.

بَابُ
كفالةِ الرجلين عن الرجلِ

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمدًا إملاءً قال: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم من قرض أو غيره، فكفل بها عنه رجلان، ولم يكفل كل واحد [منهما] عن صاحبه، فالكفالة جائزة، وعلى كل واحد منهما خمسمائة، ليس [عليهما][1] غيرها، فأيهما أدّى شيئًا مما عليه لم يرجع على صاحبه بشيء، ورجع على الذي عليه الأصل بما أدّى عنه إن كان كفل بأمره؛ وذلك لأنهما لما ضمنا فقد دخلا في إطلاق العقد على وجه واحد، والضمان ينقسم، فكان على كل واحد منهما النصف، كالمشتريين [للعبد][2] من واحد، يملك كل واحد منهما نصفه.

وإذا لزم كل واحد منهما نصف الدين لم يرجع عليه المكفول له بأكثر من ذلك، ولا مطالبة لأحدهما على الآخر؛ لأنه ليس بكفيل له، ويرجع على صاحب الأصل؛ لأنه أمره بالضمان.

قال: فإن لقي صاحبُ المال أحد الكفيلين فأخذه حتى كفل له بما على صاحبه من الكفالة، فذلك جائز؛ لأن الكفالة عن الكفيل جائزة، بدلالة أن الدين ثابت في ذمته، فجاز أن يتكفل عنه كما يتكفل عن صاحب الأصل.

قال: فإن أخذ الكفيل الذي كفل المال، فأدّى إليه منه خمسمائة، فالقول قوله من أي المالين أدّاه، إن قال: أدّيته عن كفالة صاحب الأصل، قُبل ذلك منه،

(١) في أ (عليه) والمثبت من ل.

(٢) في أ (للعقد) والمثبت من ل.

وإن قال: أدّيته عن صاحبي الذي كفل معي، صُدق أيضًا، وسواء قال ذلك قبل الأداء أو بعده؛ لأن هذا الكفيل لزمه الدين من وجهين مختلفين: خمسمائة بالكفالة الأولىٰ عن صاحب الأصل، وخمسمائة بالكفالة الثانية عن الكفيل، وحكم [المالين][1] مختلف؛ لأن كل واحد منهما يثبت به الرجوع علىٰ غير من يثبت من الرجوع في الآخر، فإذا أدّىٰ وأبهم الأداء فالقول قوله، كمن عليه ألف من ثمن [مبيع][2]، وألف من قرض، إذا أدّىٰ ألفًا كان القول قوله في أي المالين أدّىٰ.

وإنما كان كذلك لأنه هو [المملك لما][3] أدّىٰ، والقول قول المملك[4] في صفة ما ملكه؛ بدلالة قوله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان، فالقول قول البائع**»[5]؛ ولأنه لا يعلم ما قصده بالأداء إلا من جهته، فالمرجع فيه إلىٰ قوله.

قال: فإن لم يأخذ صاحب المال شيئًا من المال حتىٰ لقي صاحب المال الكفيل الآخر، فكفل له عن شريكه بماله عليه، فذلك جائز.

فإن أخذ صاحب المال أحدَهما بشيء من المال فأداه، فما أدّىٰ من ذلك عن صاحب الأصل دون الكفيل حتىٰ يؤدي خمسمائة، وإن أدّىٰ أكثر من خمسمائة كانت عن شريكه.

ولو قال ابتداءً: أؤدّي عن شريكي، لم يقبل [ذلك] منه، وكان عن صاحب

(١) في أ (المال) والمثبت من ل.
(٢) في أ (بيع) والمثبت من ل.
(٣) في أ (غير مقروء) والمثبت من ل.
(٤) في ل (المالك).
(٥) أخرجه الترمذي (١٢٧٠) وقال: «هذا حديث مرسل...»؛ والدارقطني مرفوعًا، ٢١/٣؛ والطبراني في الكبير مرفوعًا، ١٧٤/١٠؛ وأحمد في المسند مرفوعًا، ٤٦٦/١.



الأصل ؛ وذلك لأن الكفيلين كل واحد منهما قد لزمه خمسمائة ، خمسمائة بالكفالة عن صاحب الأصل ، وخمسمائة بالكفالة عن شريكه ، فما أدّاه عن صاحب الأصل يرجع به علىٰ شريكه ، وما أداه عن شريكه لا يرجع به علىٰ صاحب الأصل .

فإذا أدّى خمسمائة ، فلو لم نجعلها عن صاحب الأصل وجعلناها عن الشريك ، لكان للشريك أن يجعلها عن شريكه ويرجع بها عليه ، فلم يكن في ذلك فائدة .

وإذا أدّىٰ أكثر من خمسمائة فالزيادة علىٰ الخمسمائة إذا رجع بها علىٰ شريكه لم يكن لشريكه أن يرجع بها عليه ؛ لأنها لا تجوز أن تكون إلا من الكفالة .

وعلىٰ هذا قال أصحابنا: في رجلين اشتريا من رجل عبدًا بألف ، وضمن كل واحد منهما جميع الثمن ، فإن أدّىٰ أحدهما نصف الثمن لم يرجع به علىٰ شريكه ، وإنما يكون ذلك من نصيبه ؛ لأنه لو رجع علىٰ شريكه به ، لجاز لشريكه أن يرجع به عليه .

فإذا أدّىٰ أكثر من النصف رجع علىٰ شريكه بالزيادة ؛ لأنه لا يقدر أن يرجع عليه بها إذا كان قد بقي(١) في نصيبه للبائع .

وكذلك قالوا في المتفاوضين: إذا افترقا وعليهما دين ، فلصاحب الدين أن يطالب به كل واحد منهما ، فإن أدّىٰ أحدهما النصف لم يرجع علىٰ شريكه بشيء ، وإن أدّىٰ [أكثر](٢) من النصف رجع بالزيادة علىٰ شريكه ؛ لما ذكرنا .

قال: فإن كان الكفيلان لم يؤدّ(٣) واحد منهما شيئًا حتىٰ لقيهما الطالب

---

(١) في ل (قد وفّىٰ).

(٢) الزيادة اقتضتها السياق .

(٣) في ل (لم يؤديا أحدهما).



وصاحب الأصل، فكفل الثلاثة جميعًا بعضهم عن بعض بجميع المال الذي له علىٰ الذي عليه المال، فقد نقضت هذه الكفالة الكفالة الأولىٰ، فإن أخذ صاحب المال أحد الكفيلين فأخذ شيئًا قليلاً كان أو كثيرًا، فله أن يرجع بجميعه علىٰ الذي عليه الأصل، وإن شاء رجع بنصفه علىٰ شريكه، ولا يغرم أحدهما شيئًا إلا غرم صاحبه مثله، ثم يرجعان بما غرما علىٰ الذي عليه الأصل؛ وذلك لأنه لما كفل [عن] كل واحد منهما [بجميع المال، وكفل عن صاحبه، فصار ما لزم كل واحد منهما] هو الذي لزم الآخر لتساويهما في الكفالة، فما أدّاه كل واحد منهما من قليل أو كثير رجع علىٰ صاحبه بنصفه حتىٰ يساويه في الأداء، كما يساويه في الضمان.

وليس كذلك المسألة الأولىٰ؛ لأن كل واحد [٤١٦/ب] منهما لزمه الدين من وجهين مختلفين، فلم يتساوىٰ دَيْنَهُما؛ فلذلك لم يجب[1] أن يتساويا في الأداء.

وأما قوله: إنّ الكفالة الثانية نقضت الأولىٰ؛ فلأن حكمها مخالف للحكم الأول، وكل واحد منهما عقد علىٰ ما يعود[2] عليه وأَخَذَ، فالثاني من العقدين [نقض للأول][3].

قال: فإن لم يأخذ من واحد منهما شيئًا، ولكنه أخذ من الذي عليه الأصل كل المال أو بعضه، فليس له أن يرجع علىٰ واحدٍ منهما بشيء؛ لما قدّمنا أن حاصل الضمان عليه، فلو رجع عليهما لرجعا عليه[4].

---

(١) في ل (فلم يتساويا في الأداء).

(٢) في ل (علىٰ مقصود عليه).

(٣) في أ (بعض الأول) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل ١٠/٥٠١ وما بعدها؛ ١٠/٥٤٩ وما بعدها.



بَابُ
أداء الكفيل عن المكفول عنهُ المال

قال: وإذا كفل رجل عن رجل بألف درهم صِحَاح، ثم أدّاها إلىٰ الطالب، فله أن يرجع بها، فإن أدَّىٰ عنه مكسرةً أو بهرجة أو زيوفًا وتجاوز بها الطالب، أو أدّىٰ إليه عنها ثوبًا أو عرضًا من العروض كائنًا ما كان، وقَبِلَه الطالب، جاز.

وكذلك لو أدّىٰ شيئًا من الكيل أو الوزن، فإنه يبرأ الكفيل ويرجع الكفيل علىٰ المكفول عنه بمثل ما ضمن، يرجع بألف صحاح، ولا يرجع بشيء مما أدّاه إلىٰ الطالب.

وكذلك لو أعطاه عن الألف دنانير[1]؛ وذلك لأن الكفيل ملك ما في ذمته بما أدّىٰ، [فكأنّه أدّىٰ نفس المضمون والدراهم الجياد تملك بالزيوف، والصحاح تملك بالمكسور] فكأنه أعطىٰ [نفس][2] الحق، وليس كذلك إذا صالحه عن الألف علىٰ خمسمائة، [إنه] لا يرجع بأكثر منها؛ لأن الألف لا تملك بخمسمائة، وإنما تملك بمثل وزنها، فلم يجز أن يرجع بأكثر مما أعطاه.

قال: ولو أمره بأداء المال عنه بغير ضمان، فأدّىٰ إلىٰ الطالب دون ما عليه، أو أدّىٰ مما عليه، فإن المأمور يرجع بمثل ما أدّىٰ، ولا يرجع بمثل ما [أمر][3]، وهو قول أصحابنا الثلاثة؛ وذلك لأن المأمور لم يثبت في ذمته دين ليملكه بما

(١) في ل (مائة دينار).
(٢) في أ (نصف) والمثبت من ل.
(٣) في أ (ضمن) والمثبت من ل.



يعطي، وإنما هو وكيل بالقضاء، فلم يجز أن يرجع بأكثر من المؤدىٰ، وليس كذلك الضامن؛ لأن الدين ثابت في ذمته، وهو يملكه بما يؤدي، فلذلك رجع به.

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل له علىٰ رجل خمسة دنانير، وله بها كفيل، فصالح الطالب الكفيل علىٰ ثلاثة دنانير، فدفعها إليه، ولم يقل صالحتك علىٰ أن تبرئني، فإن هذا الصلح عن الذي عليه الأصل وعن الكفيل، وقد برئا، ويرجع الكفيل علىٰ الذي عليه الأصل بثلاثة دنانير؛ لأنه لما أطلق الصلح عن المال، وهو ثابت في ذمتهما، انصرف العقد إلىٰ الذمتين، فبرئا جميعًا بما أدّىٰ من ذلك، ويرجع الكفيل بثلاثة دنانير لما بَيَّنَّا أن المكفول عنه برئ مما زاد علىٰ ذلك؛ ولأنه لا يملك بثلاثة دنانير أكثر منها.

ولو قال: أصالحك علىٰ ثلاثة دنانير علىٰ أن تبرئني، فإن ذلك عن الكفيل وحده، وهو جائز، ويرجع الطالب [علىٰ] الذي عليه الأصل بدينارين، ويرجع عليه الكفيل بما أدّىٰ [عنه]، وهو ثلاثة دنانير؛ لأنه لما شرط [عليه] في الصلح براءة الكفيل، دلّ علىٰ أنه لم يبرأ صاحب الأصل، وقد بَيَّنَّا أن براءة الكفيل لا توجب براءة المكفول عنه، فيبرئ الكفيل مما زاد علىٰ المؤدي، ويرجع بما أدّاه علىٰ صاحب الأصل، وبقي في ذمة صاحب الأصل ديناران، وإن لم يبرأ منها فلا كفيل بها فيؤد بهما إلىٰ الطالب. [والله أعلم].



بَابُ
ضمانِ الأعيانِ

قال أبو الحسن: الأعيان تكونُ في يد مَن هي في يديه على وجهين: أمانة أو مضمونة.

فما كان منها أمانة: فضمنها ضَامنٌ عمن هي في يديه لصاحبها، فالضمان باطل، ولا يجب على الضامن تسليمها إن كانت قائمة، ولا ضمان في قيمتها إن هلكت.

وما كان منها مضمونًا: فتكفل به كفيل، أو ضمنه ضامن، وجب عليه تسليمه في حال قيام عينه إلى صاحبه، أو تسليم قيمته إليه إن هلك.

وقال: والأعيان الأمانة: الودائع، والعواري، وأموال المضاربة، والشركة، وما كان مستأجرًا في يد مستأجره.

والمضمون: الغصب، والبيع [الفاسد، وما كان مقبوضًا على سوم البيع].

والأصل في هذا: أن الكفالة عقد ضمان، [والضامن][1] إنما يلزمه ما هو مضمون على المكفول عنه، والأمانات ليست بمضمونة على من هو في يديه، ولا يجوز أن يضمنها ضامن عنه.

وأما العارية، فعينها غير مضمونة، وتسليمها مضمون، فإن ضمن ضامن تسليمها جاز، وما سواها ليس بمضمون العين، ولا مضمون الرَّد.

---

(١) في أ (والضمان) والمثبت من ل.



وكذلك لو ضمن ضامن تسليمها عن المؤجر: تسليم العين التي أجّرها جاز؛ لأن العين وإن لم تكن مضمونة فتسليمها [مضمون][1] عليه.

وأما الأعيان المضمونة، فهي علىٰ ضربين: مضمون بنفسه، ومضمون بغيره.

فما كان مضمونًا بنفسه: فالكفالة جائزة فيه كالمغصوب، والمقبوض علىٰ وجه بيع فاسد، وسوم البيع، فالضمان يلزمه ما يلزم المضمون عليه فيه: وهو رَدّ العين حال بقائها، ودفع قيمتها بعد هلاكها.

فأمّا المضمون بغيره: فكالمبيع في يد البائع، فإن ضمنَ ضامن تسليمه جاز؛ لأن التسليم مستحق علىٰ البائع، فإن هلك لم يجب علىٰ الضامن شيء؛ لأن البيع انفسخ، ووجب علىٰ البائع رد الثمن، ولم تجب قيمة العين؛ فلذلك لم يلزم الضامن.

ومن ذلك الرهن في يد المرتهن، فهو مضمون بغيره: وهو الدَّين، فإن ضمن ضامن تسليمه بعد الفِكاك جاز؛ لأن التسليم واجب علىٰ المرتهن، فإذا هلك الرهن سقط الضمان؛ لأن المرتهن يصير مستوفيًا لدينه، ولا يلزمه حق، فكذلك لا يلزم الضامن.

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمدًا قال في رجل قال له رجل: إن فلانًا غصبني عبدًا، فقال الرجل: أنا ضامن للعبد الذي تدعي، قال: فهو ضامن للعبد حتىٰ [يلزمه أن] يأتي به ويقيم عليه البينة، فإذا لم يأت به واستحقه ببينة فهو ضامن لقيمته؛ وذلك لأن [الواجب][2] بالدعوىٰ علىٰ الذي في يده العبد

(١) في ل (يقدر).

(٢) في أ (الواحد) والمثبت من ل.



إحضاره مجلس القضاء، فلزم ذلك كفيله، فإذا هلك العبد وقامت عليه البينة على استحقاق المدعي إياه؛ فالواجب ضمان قيمته، ولزم ذلك الضامن.

قال: ولو كان قال: إن فلانًا غصبني ألف درهم، ثم استهلكها، أو قال: غصبني عبدًا ثم مات في يده، فقال رجل: أنا ضامن للمال أو لقيمة العبد، قال: هو ضامن للمال أو لقيمة العبد، يأخذ بذلك المدعي [من ساعته]؛ وذلك لأن الدعوى في المستهلك إنما هي القيمة، فإذا ضمنها ضامن لزمه ذلك، وليس كذلك العبد القائم؛ لأن ضمانه يقتضي الإحضار والتسليم، ولا يقتضي وجوب القيمة إلا بعد هلاكه [٤١٧/أ] وثبوت الدعوى فيه؛ فلذلك لم يلزمه ضمان القيمة حتى يثبت الاستحقاق، فأما المستهلك فضمان الضامن لقيمته يدل على اعترافه بوجوب الضمان، فلم يقف ذلك على إقامة البينة.

قال: وإذا ادّعى شيئًا [قائمًا] لم يستهلك، فإنما عليه أن يأتي به حتى يقيم عليه البينة، وقد بَيَّنَّا هذا.

قال: ولو ادّعى رجل على رجل أنه غصبه ألف درهم، وهي في يده أو في منزله، أو ادّعى شيئًا مما يكون دينًا من طعام أو نحوه، فضمن له رجل ما ادعى، فإن على الضامن أن يأتي بذلك الشيء بعينه، فإن لم يأت به لم يضمنه حتى يستحقه المدعي.

وإن ادّعى ألفًا مستهلكًا أو كُرًّا مستهلكًا، فضمنه له رجل، فهو ضامن من ساعته، وإن لم يقم المدعي بينة عليه، وهذا على ما بَيَّنَّا أن العين ما دامت باقية فالضمان ينصرف إلى إحضارها وتسليمها، فلا يلزمه قيمتها إلا بعد الاستحقاق، وإذا كانت هالكة فالضمان لا يتعلق إلا بقيمتها، فصار ضمانه دلالة على



الاعتراف بالضمان.

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمدًا قال: قال أبو حنيفة في رجل قال لرجل: إن قتلك فلان فأنا ضامن لِدِيَتِك، أو قال: إن شَجَّك موضحة أو قطع يدك، أو غصبك ألف درهم، أو قتل عبدك، فأنا ضامن لقيمة ذلك، فقال المضمون له: قد رضيت، وخاطبه على ذلك، فهو جائز.

قال: وهذا كقوله: إن غصبك ألف درهم فأنا لها ضامن، أو أقرضته ألفًا فأنا ضامن، ورضي المضمون له، فهو جائز؛ وذلك لأن الضمان يجوز تعليقه بالشرط والخطر، خلاف ما قال الشافعي[1]، والدليل عليه إجماع الأمة على جواز ضمان الدَّرَك، وهو ضمان متعلق بشرط الاستحقاق.

فكلُّ ضمان متعلق بشرط هو سبب في الضمان أو في وجوب المطالبة مَقِيس عليه، ولا يقال: إن ضمان الدَّرَك ليس بمتعلق بشرط في الثاني، وإنما يتبيّن بالاستحقاق أن المضمون كان ثانيًا، فهو ضمان ما كان لازمًا للبائع عند العقد؛ وذلك لأن الضمان صحيح في الحال.

وإن كنا لا نعلم بوجوب الضمان، فيجوز أن يستحق، ويجوز أن لا يستحق، فلو لم يجز تعليقه بشرط يحدث؛ لم يجز انعقاده مع التجويز [كما لا ينعقد عقد البيع مع التجويز] لما لم يجز تعليقه بالخطر.

وإذا ثبت أن الضمان يتعلق بالشروط، وكل واحدة من هذه الأشياء[2] سبب لثبوت الضمان، فجاز أن يضيف الكفالة إليه.

---

(١) انظر: الأم ص٦٠٧.

(٢) في ل (الأسباب).



قال محمد: إن قال: إن غصبك فلان ضيعتك، أو غصبك عبدك، أو دابتك، فأنا [لذلك][(١)] ضامن، فرضي المضمون له وقبل ذلك، فهو جائز، وهذا [على] قول محمد خاصة على أصله في ضمان العَقَار بالغصب.

فأما على قول أبي حنيفة: فإنه لا يضمن، فالكفالة به لا تصح.

قال محمد: قال أبو حنيفة: إذا قال: من قتلك من الناس، أو مَنْ غصبك من الناس، أو مَنْ بايعت من الناس، فأنا لذلك ضامن، فهذا باطل، ولا يجوز إذا عمّ، ويجوز إذا خصّ على ما وصفتُ لك؛ وذلك لأن هذا ضمان عن مضمون [عنه][(٢)] مجهول، والضمان لا يصحُّ إلا عن معلوم؛ ولأنه إذا لم يبيّن المضمون عنه كثرت الجهالة، [وإذا بيّن][(٣)] ذلك قلّت الجهالة، وقد يجوز العقد مع قلة الجهالة، ولا يجوز مع كثرتها.

قال محمد: قال أبو حنيفة: إن لم يكن المضمون له حاضرًا فيقول: قد رضيت ذلك وقبلت، فإنه لا يجوز.

قال: وكذلك لو قال: قد كفلت لفلان بمَا لَه على فلان، والمكفول له غائب، فإنه لا يجوز، وإن بلغه فقال: قد قبلت ورضيت، لم يجز إلا في خصلة [واحدة، وهي]: أن يقول المريض عند موته لورثته: اضمنوا ما علَيَّ من الدَّيْن لغرمائي، ففعلوا ذلك، فهو جائز، وهو يلزمهم.

قال أبو حنيفة: هو بمنزلة [المُقِرِّ على غرمائه][(٤)]، وقال أبو يوسف: المريض

---

(١) في ل (لك).
(٢) في أ (له) والمثبت من ل.
(٣) في الأصل (وإذا لم يبين) والمثبت يدل عليه السياق.
(٤) في أ (المعبر عن مائة) والمثبت من ل.

[وغيره في هذا سواء][1].

وإذا ضمن رجل لرجل غائب عنه فبلغه ذلك فرضي، فهو جائز، يعني أن الضامن خاطب المكفول عنه في الضمان عنه للغائب.

وقال محمد: بقول أبي حنيفة: [نأخذ].

لأبي حنيفة ومحمد: أن الكفالة [عقد] يتعلق به حق للمكفول له، فوقف على قبوله كعقد المبيع.

وإنما لا يقف عنده على الإجازة؛ لأن قول الكفيل: تكفلت بكذا، شطر[2] العقد، وذلك لا يقف على غائب عن المجلس، وهذا هو القياس عنده في مسألة المريض.

وإنما استحسن؛ لأن المرض يوجبُ تعلق الديون بالمال، وقد يثبت في المال حق الورثة، فكان الدَّين عليهم، وصار قول المريض قائمًا مقام قول صاحب الدين في مسألة الكفالة، فينعقد ذلك بينهما.

فإن قيل: فهلّا قلتم في الصحيح: إذا قال لرجل: تكفل عني لفلان الغائب، ففعل، أن الكفالة تنعقد، ويقوم قول الذي عليه الدين مقام قول الذي له الدين.

[قيل له: وذلك][3] لأن الصحيح لا تتعلق الديون بماله، ولا يتعلق بماله حق غيره، فلم يصر فيه كالأجنبي، حتى يقوم مقام صاحب الدين في قبول

(١) في أ (في هذا وفي غيره سواء).
(٢) في ل (أحد شرطي).
(٣) في أ (قلنا) والمثبت من ل.




الكفالة، وأما المريض فقد [تناول][1] تعلق حق الغرماء بماله، وانتقال الديون إليه؛ فلذلك كان كالأجنبي في القبول.

وأما أبو يوسف فقد قال: إن الكفالة جائزة إذا أجازها المكفول له، وهذا يدل على أن العقد عنده واقف، وقد ذكر قول أبي يوسف في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر.

فإن قال: إن الكفالة جائزة من غير إجازة؛ فلأن الكفالة إيجاب مال في الذمة بقوله كالإقرار، فلا يقف على القبول.

وإن قال: إن الكفالة موقوفة؛ فعلى أصله: أن قوله تكفلت لفلان العقد، فيقف على غائب عن المجلس، كما قال في المرأة إذا قالت: زوّجت نفسي من فلان، أن ذلك يقف على غائب عن المجلس.

وأما على قولهما: فهذا شطر العقد، فلا يقف، وقد ذكر الطحاوي في هذه المسألة أنّ محمداً مع أبي يوسف، والصحيح ما ذكره أبو الحسن.

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل في يده عبد مقر له بالرق، فخاف المولى العبد، وأخذ منه كفيلاً بنفسه، فأبق العبد، أو كفله كفيل بعد إباقه منه: [فإنه] لا ضمان على الكفيل قبل الإباق و[لا] بعده.

أما قبل الإباق: فهو ملكه، ويده ثابتة عليه، فلا يصحُّ أن يضمن له وليس بمضمون في نفسه.

وأما بعد الإباق: فيد المولى ثابتة عليه ما دام في دار الإسلام في قولهم،

---

(١) في أ (بيّنا) والمثبت من ل.

فلا يجوز أن يضمن له ـ كما قيل ـ الإباق ؛ ولأن العبد لا يكون مضمونًا على نفسه بالإباق ، فلا يصير مضمونًا على غيره .

وقال ابن سماعة ، عن أبي يوسف: في رجل ادّعى على رجل أنه عبده ، وأنكر المُدَّعَى عليه ، زعم أنه حُرٌّ ، فكفل رجل بنفس العبد المدعى عليه ، فأقام المُدَّعِيْ البَيِّنَةَ أنه عبده ، فمات المدعى عليه ، فلا شيء على الكفيل ؛ وذلك لأن الحر ليس بمضمون ، وهو يدعي الحريّة ، ولا يد لغيره عليه يتعلق الضمان بها ، فلا يصحّ أن يضمنه الكفيل .

ولو قال: أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحققته ، فضمن له قيمته ، فأقام المدعي البينة ، ومات المدعى عليه ، قال: فالكفيل ضامن ، وهذا محمول على أن هذا المدعى عليه في يد غيره ، وإن كان يدعي الحرية ، فإذا ضمن الضامن قيمته [وثبت][1] الاستحقاق ، كان صاحب اليد غاصبًا ؛ فلذلك صَحَّ ضمان القيمة ، فأما إذا كان في يد نفسه فلا ضمان عليه بجحود الرق ، فلا يلزم الضمانَ الكفيلُ [٤١٧/ب] .

قال: ولو كان صبي في يد رجل فادّعاه آخر ، وزعم أنّه عبده ، وقال الذي هو في يديه: هو ابني وهو حرّ ، فكفل به رجل للمدعي ، أو ضمنه له ، فأقام المدعي البينة ، ومات المدعى عليه ، ومات الصبي ، فالكفيل ضامن ، وهذا صحيح ؛ لأن الصَّبي تثبت عليه اليد ، فإذا ادّعى من هو في يده أنه ابنه ، وقامت البينة بالرق ، تبيّنّا أن صاحب اليد غاصب ، فصح ضمان الكفيل عنه[2] .



(١) في أ (لم يثبت) والمثبت من ل .
(٢) انظر: الأصل ٥٣١/١٠ وما بعدها .



بَابُ
الكفالةِ بالمالِ إلى أجلٍ معلومٍ أو مجهولٍ

قال أصحابنا جميعًا ـ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ـ: إذا كفل رجل لرجل بمال إلىٰ العطاء، أو إلىٰ الحصاد، [أو إلىٰ الجذاذ(1)]، أو إلىٰ الدياس(2)، أو النيروز(3)، أو المهرجان(4)، أو صوم النصارىٰ، أو [فطر اليهود](5)، أو إلىٰ الرزق، فالكفالة جائزة.

قال رحمه الله تعالىٰ: وجملة هذا أن كل شيء يدل علىٰ طريق التأجيل إذا علق وجوب المال في الكفالة به، صحّ ذلك وإن كان مجهولاً.

وما يذكر علىٰ طريق الشرط دون الأجل علىٰ ضربين: إن كان الشرط سببًا لوجوب الحق أو مكان الاستيفاء، جاز أن تتعلق الكفالة به، وإن كان بخلاف ذلك لم يجز.

والدليل علىٰ جواز الآجال المجهولة في الكفالة، أن المعقود عليه فيها يجوز دخول الجهالة فيه مثل أن يقول: ما بايعتَ فلانًا فهو علىٰ فلان، تَصِحّ

---

(١) «والجِذَاذ ـ بضم الجيم وكسرها ـ: ما كُسِرَ منه، والضم أفصح». مختار الصحاح (جذذ).

(٢) «الدِّياس في الطعام: أن يُوطأ بقوائم الدواب، أو يكرر عليه المِدْوَسُ: يعني الجَرْجَر حتىٰ يصير تِبْنًا». المغرب (دوس).

(٣) النَّيْرُوز ـ بفتح النون ـ «في الفارسية: اليوم الجديد، وهو أول يوم من السنة الشمسية الإيرانية، وعيد النيروز: أكبر الأعياد القومية للفرس». المعجم الوجيز (نوروز).

(٤) المِهْرَجان ـ بكسر فسكون ـ لفظ معرب: عِيْد الخريف عند الفُرْس». معجم لغة الفقهاء (مهرج).

(٥) في أ (فطرهم) والمثبت من ل.

الجهالة في الأجل أولىٰ، وليس كذلك البيع؛ لأن الجهالة لا يجوز [دخولها][(١)] في المعقود عليه، فكذلك في أجله.

فإن قيل: فما تقولون في المهر إذا أجله إلىٰ الحَصَاد، أو الدِّيَاس؟

قلنا: لا تعرف الرواية في ذلك، ويحتمل أن [يقال] إنه جائز؛ لأن المهر يثبت مع ضرب من الجهالة، فكذلك التأجيل يجوز أن يثبت مع الجهالة، وإن قلنا: لا يجوز ذلك؛ فلأن المعقود عليه في النكاح هو الاستباحة، وذلك لا يصح فيه الجهالة، فصار من هذا الوجه كالبيع [والمهر لأجنبي من][(٢)] العقد، فلا يعتبر فيه جواز الجهالة.

وأما الشرط، فإن كان سببًا لوجوب الحق، مثل أن تقول: إذا قدم زيدٌ، أو استحق المبيع، فالكفالة جائزة؛ لأن الاستحقاق سَببٌ لوجوب الحق، وقدوم زيد سبب يتسهل[(٣)] به الأداء؛ لأنه يجوز أن يكون مكفولاً عنه، فجاز تعلق الكفالة بذلك.

فأما إذا قال: إذا جاء المطر، أو هَبَّت الريح، أو دخل زيد الدار، فإن ذلك لا يجوز؛ لأن هذا [لا يدرك][(٤)] علىٰ طريق التأجيل، ولا هو سببٌ لوجوب الحق، ولا لتسهيل الاستيفاء والأموال، ولا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشروط.

قال: وكذلك [لو] كانت الكفالة حالّة فأخّر إلىٰ شيء من هذه الآجال، فهو

---

(١) في أ (لأجلها) والمثبت من ل.

(٢) في أ (أجنبيًا في العقد) والمثبت من ل.

(٣) في ل (يسهل).

(٤) في أ (يذكر) والمثبت من ل.



جائز ؛ لأنّ ما جاز أن يكون أجلاً في العقد ، جاز أن يلحق[1] به كالأجل المعلوم في البيع .

قال: وإذا كفل رجل عن رجل إلىٰ أجل مجهول لا يشبه آجال الناس ، مثل: المطر ، والريح ، وأشباه ذلك ، فالكفالة جائزة ، والشرط باطل ، والمال حالّ علىٰ الكفيل .

أما بطلان الشرط فقد بيّناه ، وإنما لا تبطل الكفالة ؛ لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لم تبطله الشروط الفاسدة: كالطلاق والعتاق إذا بطل الشرط ، بقي المال علىٰ حلوله بإطلاق العقد .

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل له علىٰ رجل ألف درهم ، فقال [له]: قد أخّرتك بها إلىٰ الحَصَاد ، أو إلىٰ الدِّياس ، فهذا بمنزلة [كفيل كَفل][2] بها إلىٰ هذا الوقت .

قال: وإنما يفسد هذا في البيع إذا جعل محله إلىٰ الحصاد والدِّياس ، فإذا وجب عليه ثم أخّره إلىٰ هذا الوقت فهو جائز ؛ وذلك لأن الدَّين إذا أخّره إلىٰ أجل مجهول ، فهو أجل لم يشرط في عقد معاوضة ، فيصح ثبوته مع الجهالة ، كالأجل في الكفالة .

وليس كذلك إذا شرط في البيع ؛ لأن الجهالة تؤثر في إفساد العقد ، فيمنع من ثبوت الثمن .

---

(١) في ل (أن يكون ملحقًا به) .

(٢) في أ (الكفيل) والمثبت من ل .



وهذه المسألة من أفراد المسائل ؛ لأنهم ألحقوا التأجيل بالبيع على وجهٍ لو كان في العقد لم يجز.

وقد قال أبو حنيفة في الشروط الفاسدة إذا لحقت بالعقد: لحقت وأفسدت كما لو شرطت في العقد.

[وقال أبو يوسف ومحمد: لا تلحق، ثمَّ ألحق محمد الأجل المجهول ولم يفسد به العقد؛ لأنه إنما يفسد إذا شرط فيه الجهالة الموجودة في العقد]، فإذا عري العقد عنها ثم لحقت على وجه لو كان يثبت في الديون لم يفسد العقد.

قال: ولو أخذ منه خمسمائة، وأخّر خمسمائة إلى قدوم الرجل الذي [عليه أصل المال](١)، قال: هو جائز.

وكذلك لو قال للطالب الذي عليه الأصل وللكفيل: قد أخّرتكما بالمال [إلى] قدوم فلان، فهو ضامن عنهما، قال: وإذا أخرهما إلى قدوم رجل هو منهما بسبب في المال فهو جائز؛ وذلك لأن قدوم فلان يجوز أن يكون سببًا لإيجاب(٢) الحق، ألا ترى أنه يكون مكفولاً عنه، فيمكن الاستيفاء بقدومه، أو يكون ضامنًا، أو يكون الذي عليه الدين مفلسًا وليس له إلا دين على فلان الغائب، فإذا حضر أمكن الاستيفاء منه، فجاز التأخير إلى ذلك.

قال: وإن كان لرجل على رجل مائة درهم إلى أجل مسمّى، فكفل بها رجل عنه كفالة مُبْهَمَةً، ولم يُسَمِّ أجلاً ولا حالًّا، فإنها(٣) على الكفيل إلى ذلك الأجل؛

---

(١) في أ (عليه الأصل عليه المال) والمثبت من ل.

(٢) في ل (لأداء).

(٣) في ل (فإنما ذلك).

لأن الكفيل يضمن ما علىٰ صاحب الأصل فلزمه الدين بصفته، إلا أن يشرط خلاف ذلك.

قال: وكذلك لو ضمنها الكفيل إلىٰ أجل قد سماه دون ذلك الأجل، أو أكثر منه، أو مثله، فإنه[1] علىٰ الكفيل إلىٰ الأجل الذي سمّاه؛ وذلك لأن الكفيل يجوز أن يشترط في الكفالة ما يخالف الأصل، بأن يكون المال مؤجلاً فيضمنه حالاً؛ لأنه تبرع بإسقاط الأجل، ويجوز [أن يكون المال][2] حالاً فيضمنه مؤجلاً؛ لأنّ التأجيل يجوز في حق صاحب الأصل، فكذلك في حق كفيله، فإذا كان [المال] في الأصل مؤجلاً بمدّة، فتكفل بأكثر منها أو بأقل جاز، كما لو كان المال حالاً فتكفل به مؤجلاً، أو مؤجلاً فتكفل به حالاً.

قال: فإن كان [أصل] المال حالًّا وأخذ الطالب المطلوب حتىٰ أقام له به كفيلاً إلىٰ سنة، فإنه جائز، والتأخير عنهما، هذه رواية الأصل[3].

وقال في موضع آخر من الأصل: إذا كان لرجل علىٰ رجل ألف درهم ثمن مبيع، فتكفل بها رجل إلىٰ سنة، فهو جائز إلىٰ ذلك الأجل، وليس للطالب أن يأخذ صاحب الأصل بها حتىٰ يحل ذلك الأجل.

وقال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً عليه ألف درهم إلىٰ سنة، وبها كفيل، فمات الذي عليه الأصل قبل السنة، فالمال عليه حَالّ، وهو علىٰ الكفيل إلىٰ أجله.

---

(١) في ل (فله).

(٢) في أ (كونه) والمثبت من ل.

(٣) كما في المبسوط للسرخسي ٢٠/٦٨.



ولو مات الكفيل ولم يمت الذي عليه الأصل، فإن المال يحل في مال الكفيل بموته، ولا يحل على الذي عليه الأصل.

أما إذا تكفل بالمال مؤجلاً فقد جعل الأجل متعلقًا بالمال، فيتعلق به من أصله، وذلك يوجب ثبوت الأجل في حق الكفيل والمكفول عنه[1].

فأما المسألة التي ذكرها أبو يوسف [٤١٨/أ] فليس من هذا في شيء؛ لأن المال مؤجل في حقهما، فإذا مات أحدهما حَلّ دينه لحق ورثته، ألا ترى أنه لو لم يحلّ لم يقدروا على التصرف في التركة، فلم يجز أن يحل[2] في حق غيرهم؛ لأن هذا المعنى لم يوجد فيهم.

قال أبو يوسف: ألا ترى لو أن رجلاً أقرض رجلاً مالاً فكفل به عنه رجل إلى وقت، كان على الكفيل إلى وقته، وكان على المكفول[3] عنه حالًّا[4]. وهذا المعنى [الذي] استشهد به مفارقًا لغيره؛ لأن القرض لا يجوز التأجيل فيه، ويجوز التأجيل في الكفالة به؛ لأن الكفيل لم يلزمه الدين بعقد القرض، فلذلك تأجل الدين في حقه دون حق صاحب الأصل.

قال أبو يوسف: ولو كان المال من ثمن مبيع، والمسألة على حالها، جاز ذلك في القياس؛ ولكني أستحسن وأجعلها إلى الأجل على الكفيل والمكفول عنه.

---

(١) انظر: الأصل ١٠/٤٨٥.
(٢) في ل (يجعل).
(٣) في ل (المقرض).
(٤) انظر: المصدر السابق ١٠/٥٠٨.

أما وجه القياس: فلأنه ذكر الأجل في حق الكفيل، ويجوز أن ينفرد بالأجل عن صاحب [الأصل]، فلم يكن التأجيل في حقه تأجيلاً في حق غيره.

وأما [وجه] الاستحسان: فلأن الأجل يصح أن يثبت في حقهما، فإذا أَجَّلَ المالَ وأطلق، انصرف التأجيل إلىٰ الأصل، وأما القرض فلو صرح بالتأجيل في حق المكفول عنه[1] لم يثبت، فكذلك إذا أطلق لا يثبت.

وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد: في رجل له علىٰ رجل ألف درهم حالّةٌ، فأعطاه المطلوب بالمال الذي عليه كفيلاً إلىٰ سنة، قال: فالكفيل كفيل بالمال إلىٰ الوقت الذي وُقّت، وهو علىٰ صاحب الأصل حالّ. وهذا مخالف لرواية الأصل.

ووجه ما قدمنا في وجه القياس: أن الأجل يجوز أن يثبت في حق أحدهما دون الآخر، فلم يكن ثبوته في حق الكفيل يوجب ثبوته في حق المكفول عنه.

قال: فإن مات الكفيل أخذ الطالب المال من ماله حالاً، ولم يرجع ورثته علىٰ الذي أمره بأن يتكفل عنه [حالاً] إلىٰ الوقت الذي وقّت له؛ لأن المال وإن كان حالًّا علىٰ صاحب الأصل، فهو مؤجل علىٰ الكفيل، فلم يثبت له حق الرجوع إلا بعد الأجل، وإنما حَلَّ الدين بموته لحق ورثته ولمنفعتهم، فلا يجوز له الرجوع قبل الوقت الذي ثبت الرجوع فيه.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل قال لرجل: قد ضمنت لك ما لك علىٰ فلان، إن نوىٰ فذلك جائز، فإن مات فلان ولم يَدَعْ شيئًا فهو ضامن.

---

(١) في ل (المقرض).



وكذلك لو قال: قد ضمنت ما لك على فلان إن خرج من المصر ولم يعطك، فهذا جائز؛ لأنه علّق الضمان بالشرط، وقد دللنا على جواز تعليق الكفالة بالشرط.

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل [قال لرجل]: قد كفلت لك بما لك على فلان حالا، على أنك متى طلبته مني فإلى أجل شهر، فهذا جائز منه، فمتى طلب منه فله أجل شهر، فإذا مضى شهر كان له أن يأخذه متى شاء بالطلب الأول.

قال: ولو كفل بالمال حالا فلم يشترط أنه متى طالبه به فله أجل شهر، [ثمّ إن المكفول له لقيه بعد ذلك، فقال: متى طالبتك بهذا المال فلك أجل شهرٍ]، كان قوله هذا باطلاً، وكان له أن يطالبه بالمال متى شاء؛ وذلك لأنه إذا شرط هذا في أصل الكفالة فقد علقها بشرط، وابتداء الكفالة يجوز تعليقها بالشروط، وإذا لم يشرط في العقد فهذا تأجيل عليه بالشرط، والتأجيل لا يصح تعليقه بالشروط.

وقد استشهد على ذلك بمن قال: تكفلت لك بهذا المال عن فلان إلى قدومه، جاز، وكأنه علق الضمان بالقدوم، ولو أطلق الكفالة ثم قال: قد أخّرتك إلى قدومه، لم يجز ذلك، وبطل التأخير؛ لأنه تأخير علقه بشرط(١).



(١) انظر: الأصل ١٠/٥٠٨ وما بعدها.



بَابُ
الكفالةِ بالنفس

قال أبو الحسن: الكفالة بالنفس جائزة عند أصحابنا جميعًا، في كل ما يلزم المكفول بنفسه، كالحضور فيه لخصومة من يدّعي قِبَله حقًّا، وسواء كان الحق المدعىٰ مالاً، أو حقًّا [في](١) مال، أو غير ذلك من سائر الحقوق والمطالبات.

قال: والأصل في جواز الكفالة بالنفس ما روي أن عبد الله بن مسعود كفل أصحاب عبد الله بن رواحة بعشائرهم ونفاهم إلىٰ الشام، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف؛ ولأن الحكام يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، ولأن الحضور مستحق علىٰ المطلوب، [ويمكن](٢) استيفاؤه من الكفيل، فجاز [عقد الكفالة] به كالمال.

[وقد قال أصحابنا: إن الكفالة بالنفس تجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره، كما تجوز في المال]؛ لأنه يقدر علىٰ إحضاره وقد التزم ذلك.

فإن قيل: إذا تكفل بغير أمره لم يقدر على إحضاره؛ لأن للمطلوب أن يمتنع عليه.

قلنا: [هو] يقدر علىٰ إحضاره، ولكن لا يلزم ذلك المطلوب، وجواز الكفالة موقوف علىٰ إمكان الأداء دون استحقاقه.

---

(١) في ل (عن).

(٢) في أ (ولكنه) والمثبت من ل.



فأما ما يصح دخول الكفالة بالنفس فيه: قال أبو الحسن: الكفالة بالنفس جائزة في كل ما يلزم المكفول بنفسه الحضور فيه للخصومة [مع] مَنْ يدّعي قِبَله حقًا، وسواء كان الحق المدعىٰ مالاً، أو حقًا في مال أو غير ذلك من سائر الحقوق والمطالبات.

وقال في موضع آخر: إذا ادعىٰ رجل علىٰ رجل حقًا في قذف، فأنكر وسأل الطالب القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه، وقال: بَيِّنَتِي حاضرة، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه، ولكن يقول له: ألزمه ما بينك وبين قيامي، فإن أحضر شهوده قبل أن يقوم [القاضي] وإلا خلّىٰ سبيله.

فإن أقام شاهدين [غير عدول]، أو شاهدًا عدلاً يعرفه القاضي، فإن القاضي يحبسه حتىٰ يسأل عن الشهود، أو يأتي بشاهد آخر، ولا يكفله.

وإن ادعىٰ قصاصًا في نفس أو دونها، فكذلك أيضًا لا يأخذ منه كفيلاً بنفسه.

قال: ويجوز أن يأخذ الحاكم كفيلاً بالنفس في التعزير، أما ما ابتدأ به أبو الحسن في حد الكفالة [فيقتضي] جواز الكفالة بالنفس في الخصومة في الحد أو القصاص، وفي كُلِّ حق، وما بني به يعارض ذلك الحد، وأما الحد فيقتضي أن لا تجوز الكفالة.

وقد كان أبو الحسن يقول: إن الكفالة بالنفس في الحد والقصاص جائزة في قولهم إذا بذلها المطلوب.

وأما ما قال أبو حنيفة: لا يطلبها القاضي منه. وقالا: يؤخذ منه كفيل بالنفس في جميع ذلك.

فعلىٰ هذا التأويل: الحد الأول صحيح لا يحتاج فيه إلىٰ الاستثناء، وإنما جازت الكفالة في جميع ما ذكر؛ لأن الحضور مستحق عليه للخصومة في جميع ذلك، والكفيل إنما يضمن الإحضار المستحق [عليه].

وإنما قال أبو حنيفة: إن القاضي لا يلتمس الكفالة بالحدود والقصاص؛ لأنها للتوثق، وهو مأمور بدرء الحدود وترك التوثق فيها، فإذا ابتدأ بذلك المطلوب [جازت] الكفالة.

ولا يقال: فقد قال أبو حنيفة: إنه يحبس، والتوثق بالحبس أعظم من التوثق بالكفالة؛ لأنه ليس يحبس للتوثق [٤١٨/ب]، وإنما يحبس للتهمة، ألا ترىٰ أن الشهود قد أخبروا: أنه يفسد في الأرض، يقتل الناس، ويهتك الأعراض؟ والحبس في التهمة واجب.

وجه قولهما: أن الحضور مستحق لسماع البينة، فجازت الكفالة به [كالحضور][1] في الأموال.

فأما نفس الحد والقصاص، فلا تجوز الكفالة به في قولهم؛ لأن ذلك لا يمكن استيفاؤه من الكفيل، فلا تصح الكفالة به.

فأما التعزير فتجوز الكفالة به؛ بمعنىٰ أنه يجوز للقاضي الابتداء بطلب ذلك؛ لأنه لا يؤمن بدرئه ولا بإسقاطه؛ ولأنه من حقوق الآدميين كالديون.

قال أبو الحسن بعد ذلك: وكذلك إن كفل رجل بنفس رجل، والطالب يدعي قِبَله دم عمد، أو قصاصًا فيما دون النفس، أو حدًّا في قذف أو سرقة،

---

(١) في أ (كالخصومة) والمثبت من ل.



فالكفالة بالنفس في جميع ذلك جائزة، وهذا محمول على الكفالة المبتدأة، وقد بَيَّنَّا أن ذلك يجوز في قولهم.

قال أبو الحسن: ويؤخذ الكفيل بالنفس بإحضار المكفول عنه بنفسه ما كان إحضاره ممكنًا مقدورًا عليه، فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه سقطت الكفالة [عن الكفيل وبرئ منها، مثل أن يموت المكفول بنفسه، وإنما وجبت مطالبة الكفيل] بالإحضار إذا كان ممكنًا؛ لأن الإحضار مضمون في ذمته، وما كان مضمونًا على الإنسان وهو يقدر على إيفائه فإنه يؤخذ به، فأما إذا مات المطلوب وقد سقط الحضور عنه، فسقط عن الكفيل؛ لأن براءة المكفول عنه من الحق المضمون يوجب براءة كفيله.

قال: فأما مادام[1] المكفول بنفسه حيًّا يُرجى إحضاره على وجهٍ من الوجوه، فالكفالة بنفسه قائمة، غير أنه إن كان إحضاره متعذرًا لغيبة أو ما أشبه ذلك، فتأخرت المطالبة بإحضاره عن الكفيل، ولا يحبس الكفيل به، ولكن [يؤجل][2] الكفيل به أجلاً إذا كان المكفول به غائبًا [مقدار][3] المسافة في ذهابه ورجوعه، فإن أحضره وإلا حُبِس؛ وذلك لأن الغائب يرجى إحضاره وإن تعذر في الحال واقتضى ذلك تأخير المطالبة إلى حين الذهاب والمجيء، ألا ترى أنا لو طالبناه وحبسناه لحبسناه بما لا يقدر على دفعه، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز حبس المُفْلِسِ[4].

---

(١) في ل (إذا كان).

(٢) في أ (يؤخر) والمثبت من ل.

(٣) في أ (متعذر) والمثبت من ل.

(٤) والمُفْلِس من أفلس، «فهو مُفْلِسٌ، والجمع: مفاليس، وحقيقته: الانتقال من حالة اليُسْر إلى حالة العُسْرِ». المصباح (فلس).



قال: وإن تعذر الإحضار على الكفيل إذا لم يقدر عليه، وعلم بذلك الحاكم [من حاله]، أو شهدت بينة مثل تعذر المال على الكفيل به إذا أعسر، وعلم بذلك الحاكم، أو قامت به بينة، فلا تبرئ العسرة من المال، وينظره الحاكم إلى حال الميسرة، وكذلك الإحضار.

وهذا صحيح؛ لأن الإحضار حق مضمون، فإذا تعذر استيفاؤه في الحال تأخر الحبس إلى [حين] الإمكان، كالإفلاس بالدين، إلا أنه يجب أن لا يحال بين المكفول له وبين الكفيل قبلها فيلازمه ويطالبه، ولا يحول بينه وبين أشغاله.

وعلى هذا الاختلاف في المفلس إذا أخرجه القاضي من الحبس، أن لا يحول بينه وبين غرمائه.

قال أبو الحسن: وأحكام الكفيل بالنفس جارية[1] على مثل أحكام الكفالة بالمال، وهي متفقة في المعنى، وأن النفس ظاهرها: مثل أن يموت المكفول بنفسه، فيبرأ الكفيل، وموت المكفول عنه بالمال مفلسًا لا يسقط الضمان عن الكفيل؛ وذلك لأن الموت يسقط الحضور، وهو الحق المضمون، فيسقط عن الكفيل، والموت لا يسقط الدين إذا كانت هنا كفالة أو تركة، وكذلك لا يسقط الضمان عن الكفيل.

قال: وكذلك ثلاثة رهط كفلوا بنفس رجل كفالة واحدة، وأحضره أحدهم، برئوا جميعًا، وإن كانت الكفالة متفرقة، لم يبرأ الباقون؛ لأن الكفالة إذا كانت واحدة فالإحضار المستحق واحد، فإذا سَلَّمه أحدهم لم يبق هناك إحضار أحد مكفول به.

(١) في ل (جائزة).

وإذا تفرقت الكفالة ، فكل عقد أوجب إحضارًا آخر ، فالإحضار الواحد لا يسقط إحضار غيره .

ولو تكفل ثلاثة رهط بمال كفالة واحدة أو متفرقة ، فأدّىٰ أحدهم جميع المال ، برئ الباقون ؛ وذلك لأن المال المكفول به مال واحد ، فإذا أدّىٰ أحدهم لم يبق علىٰ غيره مال يؤديه بالكفالة ، والحضور لأجل الخصومة ليس لواحد بل يلزم الخصم حضور بعد [حضور][1] ؛ فلذلك افترقت الكفالتان .

قال أبو الحسن: كل شرط جاز أن يتعلق به الكفالة في المال ، جاز [أن يتعلق] بالنفس ، وما جاز في التأجيل في أحدهما جاز في الأخرىٰ ، والشرط الذي لا يجوز أن تتعلق به إحدىٰ الكفالتين لا يجوز أن تتعلق به الأخرىٰ ؛ لأن كل واحد منهما عقد ضمان ، والجهالة التي يحتملها أحد العقدين يحتملها الآخر ، وما لا يحتملها أحد العقدين لا يحتملها الآخر .

[قال]: والتسليم في الكفالة بالنفس ، كالتسليم في الكفالة بالمال ؛ لأن المضمون في أحد الموضعين المال ، وفي الآخر الإحضار ، فإذا خلّىٰ بينه وبين الخصم فهو كالتخلية بينه وبين المال[2] .

---

(١) في أ (خصمه) والمثبت من ل .

(٢) انظر : الأصل ٣٦٩/١٠ وما بعدها .



بَابٌ
الألفاظِ التي تكون عبارةً عن الكفالةِ بالنفسِ

قال في الأصل: إذا تكفل رجل برأس رجلٍ، أو بوجهه، أو برقبته، أو بجسده، أو ببدنه، أو بنصفه، أو بثلثه، أو بجزءٍ منه، أو بروحه فهو جائز، وهو كفيل به كله، وإن كفل بغير ذلك في جسده فهو باطل لا يجوز[1]؛ وذلك لأنا قدمنا أن هذه الأشياء يعبر بها عن الجملة، فذِكْرُها كذِكْرِ الذات، وأما الجزء الشائع؛ فلأن الكفالة تتعلق بالخطر، كالطلاق والعتاق، وإذا صح إضافة الطلاق إلىٰ جزء شائع، وسرىٰ إلىٰ الجميع، فكذلك الكفالة.

قال: ولو قال: هو إليَّ، أو عَليَّ، أو أنا كفيل به، أو ضامن له، أو قبيل به، أو زعيم به، كان هذا كله جائزًا يؤخذ به الكفيل[2]؛ لأن هذه الألفاظ قد بَيَّنَّا أنها تفيد الكفالة بالمال، وحكم الكفالة بالنفس كحكم المال فيما ضمن به أحدهما ضمن به الآخر.

قال أبو يوسف: وكذلك لو قال: هو عليَّ، حتىٰ يجتمعا أو يوافيا أو يلتقيا، فهو جائز؛ لأن قوله: هو عليّ، ضمان مضافٌ إلىٰ الغير[3]، وجعل الالتقاء غاية الضمان، وهذا معنىٰ الكفالة.

فإن قال: أنا ضامن لك حتىٰ يجتمعا أو يلتقيا، فهو غير ضامن؛ لأنه لم

---

(١) انظر: الأصل ٣٧٥/١٠.
(٢) انظر: مختصر القدوري ص٢٦٥.
(٣) في ل (العين).

يبيّن المضمون، هل هو المال أو النفس أو غيرهما، ولو قال: أنا ضامن لوجهه، فإنه يؤخذ به؛ لأن الوجه يعبر به عن الجملة، فكأنه قال: ضامن له، فإن قال: أنا ضامن بمعرفته فهو باطل؛ لأن ضمان المعرفة أن يدله عليه، ويعرفه مكانه، وهذا المعنىٰ لا يصح ضمانه(١).

(١) انظر: الأصل ١٠/٣٧٥.



بَابُ
الكفالة بالنفسِ
إذا شرط الكفيل أنهُ إن لم يواف به إلى أجلٍ كذا فعليه المال

[٤١٩/أ] قال: وإذا كان لرجل على رجل دين دراهم أو دنانير، أو شيء ممَّا يكال أو يوزن، إلى أجل أو حَالٌّ، سَلَم أو قَرْض، أو ثيابٌ مَعلومة بذرع معلوم من سلم، أو كفالة، أو غصب، أو وديعة جحدها، فكفل في جميع ذلك على أنه إن لم يوافِ به غدًا فعليه ما عليه، وهو كذا وكذا، وسمّى الدَّيْنَ، ومضى غد فلم يواف به، فهو ضامن للمال الذي سمّى في قولهم؛ لأنه تكفل بالنفس، وضمن المال بشرط [ترك][1] الموافاة، والضمان تعلق بالشروط، فإذا لم يواف به غدًا فقد وجد شرط الضمان، فيلزمه المال.

وكذلك لو كفل لامرأة بنفس زوجها، فإن لم يواف به غدًا، فعليه صداقها، وهو وصفان، فهو جائز مثل الأول؛ لأن الوصف يثبت في ذمة المكفول عنه بالعقد، فيثبت في ذمة الكفيل بالكفالة.

قال: وإذا لم يسم المال، وقال: أنا كفيل لك بنفسه، فإن لم أوافك به غدًا فعليّ ما لك عليه، ولم يسم [كم هو]، فمضى غد، ولم يواف به، فالمال عليه في قولهم؛ وذلك لأنها كفالة علقها بشرط، وقد بَيَّنَّا جواز ذلك، [وأنه] كفالة مال مجهول، فالجهالة لا تمنع من صحة الكفالة.

قال محمد [مستشهدًا على ذلك]: ألا ترى أنه لو قال: ما لك على فلان من

(١) في أ (تلك) والمثبت من ل.



الدراهم ، فهو عليّ ، كان جائزًا.

ولو قال: كفلت لك بما أصابك من هذه الشَّجَّة التي شجّك فلان وهي خطأٌ ، كان جائزًا وإن تلفت النفس ، وهذا صحيح ؛ لأنه ليس فيه أكثر من جهالة المقدار ، فأما الشَّجَّة فقد تكفل بالسراية عند وجود سَببها ، فتصحُّ.

قال: فإن كفل بالمال الذي عليه وسمّاه ، وقال: إن وافيتكَ به غدًا فأنا بريء من هذا المال ، فوافاه به من الغد ، فهو بريء من المال ، وهذه براءة الكفيل متعلقة بخطر ، فيجوز ذلك في إحدىٰ الروايتين ؛ لأنه إسقاط حق ليس فيه معنىٰ التمليك ، ألا ترىٰ أن الكفيل إذا أبرئ لم يرجع ، فصار كالطلاق والعتاق.

والرواية الأخرىٰ: أن البراءة لا تجوز ؛ لأنها براءة من مال ، فلا يتعلق بشرط كالبراءة من صاحب الأصل.

قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل علىٰ أنه إن لم يواف به غدًا فعليه المال الذي عليه ، وهو ألف درهم ، فمضىٰ غد ولم يواف به ، فإن المال قد لزمه ولا يبرأ من الكفالة بالنفس أيضًا ؛ لأنه يضم إلىٰ الكفالة الأولىٰ كفالة ، فلم يشرط البراءة من الأولىٰ ، فبقيت بحالها.

قال: وإذا كفل بنفس رجل ، وقال: إن لم أوافك به غدًا فعلي ألف درهم ، ولم يقل التي لك [عليه][1] ، فمضىٰ غد ولم يواف به ، وفلان ينكر أن يكون عليه شيء ، والطالب يدَّعِي ألفًا عليه ، فالمال لازم للكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: لا يلزمه.

وجه قولهما: أن قوله: فإن لم أوافك به فعليَّ أَلفٌ ، يحتمل أن يكون ألفًا

---

(١) في أ (عليّ) والمثبت من ل.



اعترف أنها على المكفول به، ويحتمل [أن يكون] ألفًا أوجبها على نفسه ابتداءً، ومن حكم المتعاقدين أن يحمل أمرهما على الصحة، وذلك لا يكون إلا أن يكون يضمن الألف [التي عليه][1] عنه.

وأما أن يوجبها ابتداءً على نفسه، فذلك لا يجوز، فكأنَّه قال: فعليّ الألف التي عليه.

وجه قول محمد: أن قوله: فعليّ ألف، ظاهره يقتضي إيجاب ما في ذمته ابتداءً، وذلك مخاطرة، والمال لا يجب بالخطر.

قال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فكفل رجل بنفسه على أن يوافي به إذا دعاه به، فإن لم يفعل فعليه الألف التي عليه، فسأله الرجل أن يدفعه إليه بنفسه، فدفعه مكانه، فإنه يبرأ من المال، وإن لم يدفعه إليه فالمال عليه؛ لأنه علق الكفالة بشرط الدفع، فإن دفعه فلم يوجد شرط الضمان، فلا يلزمه، فإن لم يدفعه فقد وجد شرط الضمان، فيلزمه المال.

قال: فإن قال: ائتني به العشيّة أو غدوة، فلم يواف به على ما قال، فالمال له لازم؛ لأن شرط الضمان قد وجد.

ولو قال: ائتني به [غدوةً]، فقال الكفيل آتيك به بعد غدٍ، فأبى الطالب أن يفعل، فلم يواف به الوكيل غدوة، فإن المال عليه؛ لِما بَيَّنَّا أنه أخّر دفعه إليه عند مطالبته به.

قال: وإن أخّره الطالب إلى بعد الغد كما قال، فوافاه به، فهو بريء من المال، فإن مضى بعد الغد ولم يواف به، فهو عليه؛ وذلك لأنه لما أخّره بالإحضار

(١) في أ (عنه) والزيادة من ل.




صار الشرط ترك الموافاة في الوقت الثاني، فإذا لم يواف به لزمه المال.

قال: فإن كان شرط عليه في الكفالة أن يوافي به غدًا عند مكان القاضي، فدفعه الكفيل في السوق، [فهو] بريء من المال، وكذلك الكِنَاس[١]، وناحية[٢] المسجد.

قال: والأصل في هذا: أنه إذا سَلَّمه في مكان يقدر أن يحضره منه إلى القاضي، فهو كتسليمه في مجلس القاضي؛ لأن الغرض في شرطه مكان القاضي المحاكمة، وذلك ممكن إذا سلَّمه في نواحي المصر.

فأما إذا سلمه في موضع لا يقدر على إحضاره إلى الحاكم كالصحراء أو البرية[٣]، فليس بتسليم؛ لأن الغرض لا يوجد به، فوجوده وعدمه سواء.

قال: ولو شرط أن يدفعه في مصر فدفعه في مصر آخر، فهو بريء عند أبي حنيفة، وإن دفعه في السواد[٤] أو كُوْرَة[٥] ليس فيها قاضٍ ولا سلطان لم يبرأ.

وقالا: إذا سَلَّمه في بلدٍ آخر لم يبرأ.

وجه قول أبي حنيفة: أن المقصود [من] إحضاره في البلد للمحاكمة، وذلك موجود عند كل قاضٍ، فصار التسليم في هذا البلد وغيره سواء.

وجه قولهما: أن الطالب يجوز أن يكون له بينة في بلد يتمكن من إقامتها فيه،

---

(١) «والكِنَاس ـ بالكسر ـ مَدْخل في الشجر يأوي إليه الظَّبْي، ليكتَنَّ فيه ويستتر، ولعل المراد: مواقع الصيد من الغابة بنواحي المصر». انظر: الصحاح؛ المصباح (كنس).

(٢) في ل (رحبة).

(٣) في ل (القرية).

(٤) السَّواد: القُرَىٰ، يقال: خرجوا إلى سواد المدينة. انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (سود).

(٥) والكُورَة بوزن الصورة: الصُّقْعُ، ويطلق على المدينة، ومنه سواد العراق، والجمع كُوَرٌ». انظر: المصباح (كور).



ولا يمكنه إقامتها في بلد آخر ، فلا يوجد الغرض [من التسليم في غير البلد المشروط .

والجواب: أنه يقدر علىٰ محاكمته في بلد آخر] ، ويتنجز[(١)] كتاب القاضي بالشهادة ، فكأنه سلَّم في البلد الذي فيه البينة .

وأما إذا سَلَّمه في قرية ليس فيها قاضٍ ولا سلطان ، فليس بتسليم ؛ لأنه لا يحصل الغرض بالمخاصمة .

قال: ولو شرط له أنه يدفعه [إليه] عند الأمير ، فدفعه عند القاضي ، أو شرط أن يدفعه إليه عند القاضي ، فدفعه إليه عند الأمير ، أو عزل هذا القاضي ، فاستعمل الأمير قاضيًا غيره: برئ في قولهم ؛ لأن الغرض المحاكمة ، وذلك موجود عند كل القضاة ، وكل الأمراء ، فلذلك لم يتعين المسمىٰ دونه غيره .

قال: ولو كفل له بنفس رجل أو بما عليه ، وهو مائة دينار ، فوقعت الكفالة له علىٰ هذا ، كان جائزًا ، [فعليه أيّ ذلك شاء] الكفيل: فإن كفل بنفس فلان أو بما عليه ، أو بنفس فلان آخر أو بما عليه ، فهو جائز في أي ذلك ما [دفع][(٢)] فهو بريء ؛ وذلك لأن هذه الجهالة لا تنفي الكفالة ، وليس هذا أكثر من جهالة المعقود عليه ؛ ولأن هذه الجهالة تصحّ عندنا في البيع إذا باعه أحد هذين العبدين علىٰ أن المشتري بالخيار ، فكذلك يصحّ في الكفالة .

فإذا ثبت صحة الكفالة ، كان الخيار للكفيل ؛ لأن الضمان لزمه في مجهول ، [فالتعيين][(٣)] إليه .

قال: وإذا ادّعىٰ رجل علىٰ رجل ألف درهم ، فأنكرها ، [فقال رجل][(٤)]:

---

(١) في ل (ويأخذ).
(٢) في أ (وقع) والمثبت من ل.
(٣) في أ (فالتغيير) والمثبت من ل.
(٤) في أ (ثم قال) والمثبت من ل.

إن لم أوافك [به] غدًا، فهي عليّ، فلم يواف به من غدٍ، فليس عليه شيء؛ وذلك لأن المكفول عنه ما اعترف بوجوبِ المال، ولا اعترفَ الكفيل به، [٤١٩/ب] فصار هذا مالاً متعلقًا بخطر، فلا يجوز.

قال: وإذا كفل بنفس رجل، فإن لم يواف به غدًا، فعليه المال الذي عليه، وهو ألف [درهم]، فلم يواف به الكفيل، ولكن الرجل لقي الطالب، وخاصمه وتلازما في المسجد[1] إلىٰ الليل، فإن المال لازم للكفيل؛ لأنا قد قدّمنا أن المكفول به[2] لا يلزمه حضور واحد، وإنما يلزمه حضور بعد حضور، فإذا سَلَّم نفسه إلىٰ الطالب لم يقع ذلك موقع الإحضار المضمون، فبقي بحاله، فوجب المال لعدمه.

قال: ولو كان الرجل قال للطالب: قد دفعت نفسي إليك من كفالة فلان، برئ الكفيل من المال، وكذلك لو دفعه الكفيل؛ لأنه وإن لزمه حضور مختلف، فقد تبيّن أن جعل هذا الحضور ما تعلق الضمان به، فيبرأ الكفيل منه.

قال: وإذا ضمن رجل رجلاً بنفسه لفلان، فإن لم يواف به إلىٰ شهر، فعليه ما عليه، وهو ألف درهم، فمات الكفيل قبل الشهر، وعليه دين، ثم مضىٰ الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلىٰ الطالب، فإن المال يلزم الكفيل، ويضرب الطالب مع الغرماء؛ وذلك لأنه لم يوجد الموافاة، وهي شرط في وجوب الضمان، ويستند ذلك إلىٰ حين الكفالة، فكأنّ المال لزمه عند العقد، فيتساوىٰ الغرماء.

قال: وكذلك لو مات المكفول به، ثم مات الكفيل قبل الشهر؛ لأن موت المكفول به يتأكد به تعذّر الحضور، فيوجد الشرط الموجب لضمان [المال][3].

---

(١) في ل (الغد).

(٢) في ل (بنفسه).

(٣) في أ (الأول) والمثبت من ل.



قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أن يوافي به غدًا، فإن لم يفعل فعليه ما ادعى الطالب، [وإن] لم يواف به الغد، وادعى الطالب ألف درهم، وأقر المطلوب بها، أو جحدها، فإنهما لا يتصدقان على الكفيل، ويسأل الكفيل، فإن أقر بشيء كان القول قوله مع يمينه على علمه، وإن لم يقر بشيء حلف على دعوى الطالب على علمه؛ لأن الضمان لا يجوز أن يتعلق به الدعوى؛ لأنه مال متعلق بخطر، فلم يبق إلا أن يصير بعد[1] يوم على ما يدعيه إن ثبت، والمال لا يثبت بالدعوى، فوجب أن يقف على الاعتراف أو البينة.

وإذا كفل رجل بنفس رجل (على أن يوافي به غدًا)[2]، فإن لم يواف به غدًا فعليه المال الذي عليه، فلم يواف به، ولزمه المال، وأدّاه وأخذه الطالب بكفالة النفس، وقال: لي عليه مال آخر، أو لي قِبَله خصومة، أو حق في يده، فإنه كفيل بنفسه لا يبرأ منه حتى يدفعه [إليه]؛ لما بَيَّنَّا أنه ضم إلى الكفالة بالنفس الكفالة بالمال؛ وذلك لا يبرئه في الكفالة بالنفس، فإذا أدّى المال بقي الحضور بحاله، فكان عليه أن يسلمه.

قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه متى طلبه الطالب فلم يواف به فعليه المال الذي هو عليه، وهو كذا أو كذا، فطلبه منه فلم يدفعه إليه، فإن طلبه غدوة فلم يدفعه إليه حتى العشي فعليه المال، إلا أن يدفعه من ساعته؛ لأن الكفالة بالمال شرطها ترك الدفع عند المطالبة، وقد يوجد ذلك، فلا فرق بين تأخر الدفع في الوقت اليسير أو الكثير[3].

تمت الكفالة ولله الحمد والمنة

---

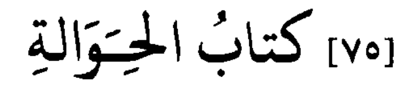
(١) في ل (تقديره).

(٢) ساقطة من ل.

(٣) انظر: الأصل ٣٧٨/١٠ وما بعدها.



[٧٥] كتابُ الحِـوَالةِ



قال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فأحاله بها على رجل له عليه مال، أو ليس له عليه مال، وقَبِلَ المحال عليه الحِـوَالَة[١]، فهو جائز، وقد برئ الذي كان عليه المال منه، وصار للطالب المال على المحال عليه.

قال رحمه الله تعالى: الأصل في جواز الحوالة قوله ﷺ: **«من أُحيل على مَلِيء فليتبع»**[٢]؛ ولأنه عقد ضمان كالكفالة، ولأنه للتوثق كالشهادة.

وإذا صحّت[٣] الحوالة؛ قال أصحابنا: يبرأ المحيل من الدَّين، وقال زفر: لا يبرأ.

وجه قولهم: أن الحوالة مأخوذة من التحويل، وذلك لا يكون مع بقاء الدين في الذمة الأولى؛ ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، ولو لم يبرأ

---

(١) «الحوالة في اللغة: مشتقة من التحويل والنقل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل.
وفي الشرع: عبارة عن تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به». الجوهرة ص٤٠٧.
وحكي عن محمد بن الحسن الشيباني أنه قال: «هي نقل المطالبة فقط، مع بقاء الدين في ذمة المحيل.
والمحيل: هو الذي عليه الدين الأصلي.
والمحال له: هو الطالب، والمحال عليه: هو الذي قَبِلَ الحوالةَ. والمحال به: هو المال». المرجع السابق نفسه.

(٢) «الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة بلفظ مطل الغني ظلم...» كما قال ابن حجر في الدراية، ٢/١٦٤.

(٣) في ل (وإذا ثبت صحة).

المحيل صارت الحوالة والكفالة عقدًا واحدًا، وهذا خلاف الظاهر.

وجه قول زفر: أنه عقد ضمان كالكفالة، وكذلك لو كفل عن صاحب الأصل[1] كفيل أو ضمن عنه ضامن، علىٰ أن صاحب الأصل بريء مما عليه، كان ذلك جائزًا، وبرئ الذي عليه الأصل؛ وذلك لأنه أتىٰ بمعنىٰ الحوالة، وعبّر عنها بالضمان والكفالة، والمعتبر معنىٰ العقود دون ألفاظها.

قال: وليس للمحال أن يرجع علىٰ المحيل إلا أن يتوي المال، والتوي عند أبي حنيفة: أن يجحد المحال عليه الحِوالة، ويحلف، أو يموت مُفْلِسًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: التوي [كل] واحد من هذين الوجهين، ووجه ثالث: وهو أن يفلس في حال الحياة، ويحكم الحاكم [بتفليسه][2].

أما جواز الرجوع عند التوي ـ خلاف ما قاله الشافعي[3] ـ؛ لقوله ﷺ: «**من أحيل علىٰ مليء فليتبع**» فجعل الملاء شرطًا في الإتباع، وإذا عدم الشرط ينتف الإتباع؛ ولأنه نقل الحق من الذمة إلىٰ غيرها (بشرط أن يسلم له البدل)، فإذا لم يسلم [له] رجع بما في الذمة الأولىٰ، كمن اشترىٰ بالدين ثوبًا فهلك قبل القبض.

فإذا ثبت أنه يرجع عند التوي: فإذا جحد وحلف، ولا بينة للمحال عليه، فقد توىٰ الحق، ألا ترىٰ أنه لا يقدر علىٰ المطالبة بعد اليمين، وكذلك إذا مات

---

(١) في ل (الأجل).

(٢) في ل (بفلسه)، في المصباح: «وفلَّسه القاضي تفليسًا». (فلس).

(٣) انظر: الأم ص٦٠٦. وقال النووي: «فإن تعذّر بفَلَس، أو حجر، أو حلف، لم يرجع علىٰ المحيل...، وقيل: له الرجوع إن شرطا يساره». المنهاج ص٢٦٤.

مفلسًا؛ لأنه ليس هناك ذمة يتعلق الحق بها، ولا تركة، فلم يبق للدين محل، فسقط.

وأما إذا قضى القاضي بتفليسه في حال الحياة، فعند أبي حنيفة: أن الفلس لا يقضى به، فلا تغير الذمة، فيبقى الحق على ما كان عليه.

وعندهما: أن القضاء بالتفليس صحيح، وتصير الذمة معينة، فيثبت له حق الرجوع لذلك.

قال: وقالوا جميعًا: إن نقد المحيل بهذا المال الذي كان له المال، كان هذا جائزًا، ولم يكن متبرعًا فيما تقدم من ذلك؛ لأن الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق الحكم وإن برئ في الظاهر؛ ألا ترى أن الرجوع مترقب، فهو بالقضاء يقصدُ أن يُسقط عَن نفسه [حق الرجوع ولا يكون متبرعًا كالوارث إذا قضى دين الميت، وليس كذلك الأجنبي؛ لأنه لا يُسقط عن نفسه] حقًا بالأداء، فكان متبرعًا.

قال: فإن كان الذي عليه المال أحال صاحب المال على رجل عليه مال حوالة مطلقة، ولم يقل: أحلته عليك بما لي عليك، أو على أن تعطيه مما لي عليك، فقَبِلَ، فعلى المحال عليه ألفان، ألف للمحال، وألف للمحيل، ولكل واحد منهما أن يطالبه بالألف؛ لأن صحة الحوالة لا تقف على ثبوت مالٍ على المحال عليه، فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين؛ لأنه لم [يعلقها به][1]، وإنما تعلقت بذمته، فيبقى الدين [٢٤٠/أ]، وصار كما لو أحال عليه بألف [درهم]، وفي يده ألف وديعة، لم تتعلق الحوالة بها، وكان له أن يطالبه بها، فكذلك [إذا]

(١) في أ (لم يعلقه له) والمثبت من ل.

كان عليه دين.

وأما إذا أحاله عليه بالألف الذي عليه، فليس له أن يطالبه بها؛ لأنه علق بها حق المحال، وتعلق حق الإنسان بمال غيره يمنعه من التصرف [فيه] كالمرتهن.

قال: فإذا أدّىٰ المحال عليه المال إلىٰ المحيل، أو وهبه له، أو تصدق به عليه، أو مات المحال فورثه المحال عليه، رجع في ذلك كله علىٰ المحيل؛ لأنه ملك ما في ذمته بالأداء، أو الهبة والصدقة والميراث، فإذا كان يرجع في الأداء فكذلك في كل سبب ملك به.

وإن أبرأ المحيل المحال عليه من المال، برئ، ولا يرجع علىٰ المحيل؛ لأن البراءة إسقاط، وليست بتمليك، ومتىٰ لم يملك ما في ذمته لم يرجع.

وإن نقد المحال عليه دنانير عن الدراهم، أو عروضًا، فهو بمنزلة الأداء؛ لأنه ملك ما في ذمته بالعوض، فكأنه ملكه بالدفع.

قال: وكل دين يجوز فيه الكفالة، فالحوالة أيضًا جائزة به؛ لأن الحوالة عقد ضمان كالكفالة، فما صَحَّ في أحدهما صَحَّ في الآخر.

قال: وإن كان لرجل علىٰ رجل ألف درهم، فأحاله بها علىٰ رجل، فأداها المحال عليه إلىٰ المحتال، فقال المحيل: قد أحلتك بألف كان لي علىٰ المحال عليه، وأنت وكيل في قبضه، وقال المحتال: بل أحلتني بألف كان لي عليك، فإن القول قول المحيل مع يمينه، فإذا حلف أخذ الألف الذي قبضها المحتال، ولا يصدّق المحتال علىٰ ما ادّعىٰ من الدين علىٰ المحيل إلا ببينة؛ وذلك لأنه قد يحيله بدين عليه، وقد يحيله ليستوفي له المال، فلم يكن في الحوالة ما يوجب

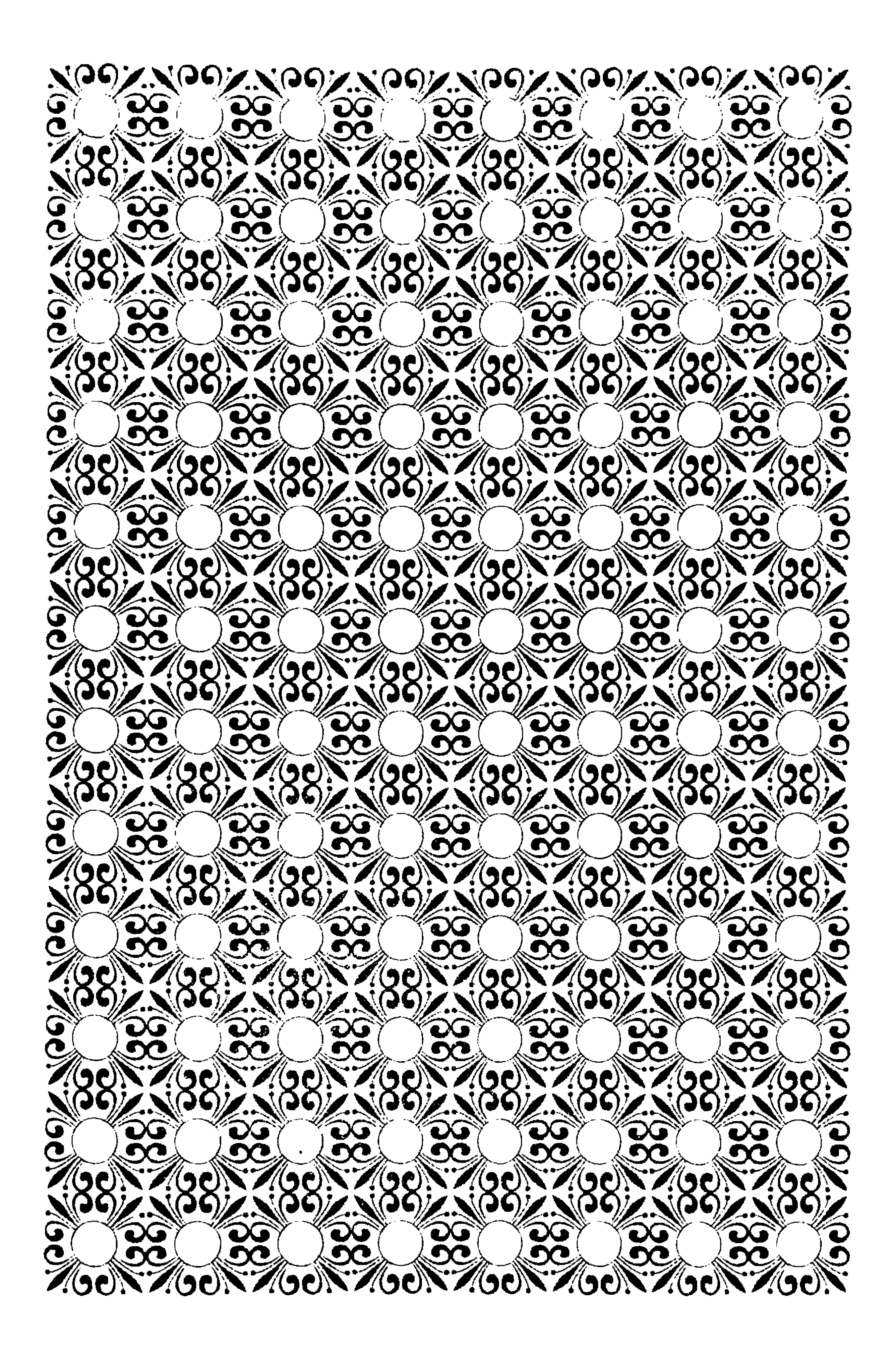
الاستحقاق للمال ، فلم يجز إثبات الاستحقاق بالشَّكِّ ؛ ولأن الميحل هو المملك للقبض ، والقول قوله كيف ملك وما ملك .

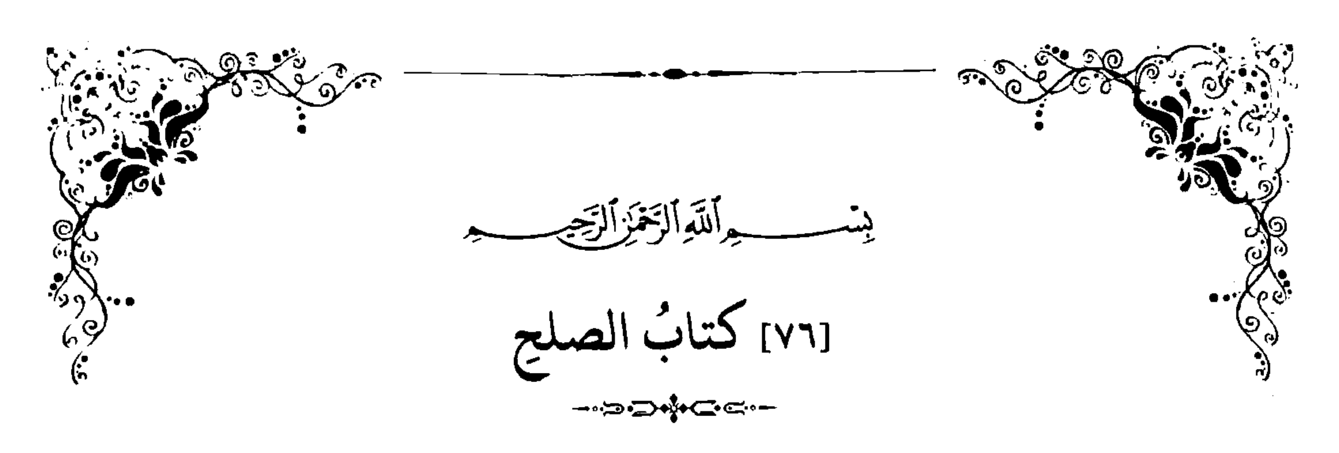
فإن قيل : قد قلتم إن المحيل لا يملك إبطال الحِوالة ، فلو لم يجعل مستحقه لملك إبطالها ؛ لأنّه يملك فسخ التوكيل بالقبض .

[قيل له] : فأما الحوالة فقد صحّت وهي محتملة أن يكون بمال هو دين علىٰ المحيل ، ويحتمل أن يكون أقامه مقام نفسه في القبض ، ولا يجوز إبطال الحِوالة بالاحتمال[1] .

تمت الحوالة بحمد الله ومنته

(١) انظر : الأصل ٤٤٥/١٠ وما بعدها .





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

[٧٦] كتابُ الصلحِ

قال رحمه الله تعالىٰ: الأصل في جواز الصلح[١] قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، وقال ﷺ: «**الصلح بين المسلمين جائز، إلا صلحًا أحَلّ حرامًا أو حرّم حلالاً**»[٢]، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «ردوا الخصوم لكي يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن».

والصُّلْح علىٰ ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون المدعىٰ عليه مُقِرًّا بالمال، فيجوز الصلح بإجماع الظواهر التي قدّمناها؛ ولأن المدعىٰ عليه إذا أقرَّ وصَالَحَ فيما يعطيه، عوض عما أقرّ به، فهو كالبيع.

والنوع الثاني: الصُّلْح مع السكوت، وهو أن يقول الخصم: لا أقِرُّ ولا أنكر، وصَالَحَ، فالصلح جائز عندنا، وهو قول ابن أبي ليلىٰ، وقال الشافعي: لا يجوز، وقد دل علىٰ ذلك ما قدمنا من الظواهر؛ ولأن الساكت يجوز أن يكون مقرًا، ويجوز أن يكون منكرًا، فالعقود إذا احتملت الصحة والفساد وجب حملها علىٰ الصحة.

---

(١) «الصُّلْح لغة: مشتق من المصالحة، وهي المسالمة بعد المخالفة، وفي الشرع: عبارة عن عقد وضع بين المتصالحين لرفع المنازعة بالتراضي، يحل علىٰ عقود التصرفات». الجوهرة ص٤١.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)؛ والترمذي (١٣٥٢)؛ والحاكم في المستدرك، ٢/٥٨.

[والنوع] الثالث: الصلح على الإنكار[1]، يجوز عندنا، وقال ابن أبي ليلى والشافعي: لا يجوز[2].

وقد دلَّ على جوازه ما قدّمنا من الظواهر.

ولا يقال: إن قوله ﷺ: «**إلا صلحًا أحَلَّ حرامًا**» يتناول الصلح على الإنكار؛ لأن مال المدَّعى عليه حرام على المدَّعِي مع إنكاره؛ وذلك لأن هذا القول لو تناول ما كان حرامًا قبل الصلح وحَلّ بالصلح لوجب أن لا يَصِحَّ الصلح مع الإقرار إذا وقع على غير جنس الحق؛ لأن ذلك كان حرامًا على المدعي، فلم يبق إلا أن يحمل على ما يتأوله أصحابنا، وهو أن قوله ﷺ: «**إلا صُلْحًا أحَلَّ حرامًا**» هو الصلح على الخمر.

وقوله ﷺ: «**أو حَرَّمَ حَلالاً**» هو الصلح على عبد أن لا يبيعه ولا يستخدمه، فيُحَرِّمُ الصلحُ الاستخدامَ الذي [أحلّه العقد][3]؛ ولأنّ عقد الصلح إذا جاز مع إقرار المدّعى عليه، جاز مع إنكاره.

أصله: إذا صالَحه المتبرع وهو مُقِرٌّ، والخصم مُنْكِرٌ.

قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: وأجود ما يكون الصلح على الإنكار، و[معنى] ذلك: أن الصلح مع الإقرار بالبيع أشبه، وأحكامه أحكام البيع، وانفراد

(١) صورة الإنكار: هو من ادُّعِي عليه بعين أو دين، فأنكر، وهو يجهل ما ادّعى به عليه، ثم صالح عنه بمال حالّ أو مؤجل.

«قال أبو حنيفة: إذا ادّعى رجل في دار في يدي رجل دعوى، فأنكر الذي هي في يديه، وقال: هي داري، ثمّ صالحه بعد الإنكار على دراهم مسمّاة، فهو جائز...». الأصل ١٠/٥٨٤.

(٢) انظر: منهاج الطالبين ص٢٦٠.

(٣) في أ (ملكه بالعقد) والمثبت من ل.

العقد باسم يقتضي انفراده بحكم، وما ذلك الحكم إلا جواز هذا العقد مع الإنكار حتىٰ يخالف جواز البيع.

قال: وذكر أبو الحسن حديث عمر بن الخطاب أنه كتب إلىٰ أبي موسىٰ الأشعري: «أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنّة متبعة...» ثم ذكر الحديث إلىٰ قوله: «والصلح جائز بين المسلمين، إلا صُلْحًا أحلَّ حرامًا أو حرّم حلالاً» وهذا الخبر الذي أورده دلالة علىٰ جواز الصلح، وهذا كتاب مشهور ظهر في الصحابة، ولم يخالف فيه مخالف، فيَصِحُّ الاستدلال به، كما يستدل بالإجماع.

وذكر حديث أبي جعفر محمد بن علي: «**لما فتح رسول الله ﷺ مكة، بعث خالد بن الوليد داعيًا ولم يبعثه مقاتلاً...**»، فذكر القصة إلىٰ قوله: «ثم دعا رسول الله ﷺ علي بن أبي طالب فقال: «**اخرج إلىٰ هؤلاء القوم، فأدِّ دماءهم وأموالهم، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك**»، فخرج عليّ وقد أعطاه رسول الله ﷺ مالاً فوداهم، حتىٰ أنه ليعطيهم ثمن ميلغة الكلب، فبقيت مع عليّ بقية من مال، فقال: «أعطيكم هذا احتياطًا لرسول الله ﷺ فيما لا يعلم وفيما لا تعلمون»، فأعطاهم إياه، ثم قدم علىٰ رسول الله ﷺ، فأخبره الخبر، فقال: «**أحسنت وأصبت**»، ثم ذكر ما في القصة[1].

وهذا الخبر أورده ليتبين جواز الصلح في الجملة، وبيان الصلح عن المجهول؛ لأن قوله: «هذا عما لا يعلمونه ولا يعلمه رسول الله ﷺ» وهذا صُلْح عن مجهول، وقد أجاز ذلك.

---

(١) أورده ابن حجر في فتح الباري عن الإسماعيلي، ٨/٥٧، ٥٨.

ورُوي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**الصلح جائز بين المسلمين، والمسلمون عند شروطهم**»(١)، وهذا دلالة على جواز الصلح.

وذكر حديث صالح بن إبراهيم، وقال: صولحت امرأة عبد الرحمن من ثُلُث الثُّمُن على [ثمانين ألفًا](٢)، وهذا يدل على جواز الصلح، ويدل على أن الورثة يجوز لهم أن يخرجوا أحدهم بمال يدفعونه إليه ليسلّم لهم التركة.

٢٨٠٧ ـ فَصْل: [صلح المدعى عليه المُدَّعِي على تسليم ما ادَّعَاه]

قال أبو الحسن: وإذا ادعى رجل على رجل مالاً عينًا، أو عقارًا وعروضًا، كائنًا ما كان العرض، فأقرّ به المدعى عليه، ثم صالح المدعى عليه المدَّعِي على أن يسلم له ما ادعاه بمال شرطت عليه عين أو دين، فهذا جائز بعد أن يكون الدين الذي وقع به الصلحُ معلوم القدر والصفة.

فإذا كان كذلك، فما وقع عليه الصلح مما [ادّعاه] فهو [مبيع](٣)، وما وقع به الصلح [عنه] فهو ثمن(٤).

والأصل في [٤٢٠/ب] هذا ما قدمنا: أن الصلح إذا وقع عن الإقرار فهو في حكم البيع، فالواجب اعتباره بالبياعات.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)؛ والترمذي (١٣٥٢) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٣٥٣)؛ وأحمد في المسند، ٣٦٦/٢؛ التلخيص الحبير، ٤٤/٣.

(٢) في الأصل (على ثلاثة وثمانين ألفًا) والمثبت كما في السنن الكبرى للبيهقي، ٦٥/٦؛ وتهذيب التهذيب لابن حجر، ٢٢١/٦.

(٣) في أ (ممتنع) والمثبت من ل.

(٤) في ل (عين).

فإذا كانت الدعوىٰ في عَين والصلح علىٰ [حق][1] في البيع وفي الذمة مكيل أو موزون، فهو ثمن؛ لأن المكيلات والموزونات إذا ثبتت في الذمة [وصحبها حرف الباء] وفي مقابلتها الأعيان، فهي ثمن يعتبر فيها ما يُعتبر في الأثمان، فما صَحَّ أن يكون ثمنًا في البيع، جاز [في مسألتنا] أن يكون بدلاً في الصلح. وما لا يجوز أن يكون ثمنًا، لم يجز أن يكون بدلاً.

وإذا كان ثمنًا اعتبر فيه ما يعتبر في الأثمان من العلم بالقدر والصفة، فإن وقع الصلح علىٰ عين من الأعيان، فالعقد في حكم البيع إذا وقع علىٰ عوض[2] بعوض، أو عين بعين.

قال: وإن كان المدعىٰ عليه جحد دعوىٰ المدعي، فصالحه المدعىٰ عليه من دعواه علىٰ عين أو دين، فذلك جائز إذا كان ما وقع به الصلح معلومًا عينًا ومعلومًا دينًا، قدرًا وصفةً.

فالدين من ذلك في حكم الثمن، والعين في حكم المبيع، والعين المدعاة متروكة، ليس لها حكم المبيع، ولا حكم الثمن.

والأصل في هذا ما قدمنا: أن الصلح علىٰ الإنكار جائز، كما يجوز علىٰ الإقرار، إلا أن العقد في حق المدعي معتبر بالبيع، وفي حق المدعىٰ عليه براءة وإسقاط، وليس ببيع ولا معاوضة؛ وإنما كان كذلك لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه، وأن الذي أخذه عوضًا عنها، لولا ذلك لم يصح له الأخذ، فوجب أن يعامل في حقه بما اقتضاه إقراره، وأما المدعىٰ عليه ففي زعمه أنه مالك لما في

---

(١) في أ (حد) والمثبت من ل.

(٢) في ل (عرض بعرض).

يده، وأن المدعي مبطل في دعواه، وإنما دفع المال إليه ليسقط الخصومة عن نفسه، فوجب أن يعامل بما اقتضاه إقراره.

وليس يمتنع أن تختلف أحكام العقد في حقهما كما اختلف أحكام الإقالة بين العاقدين وبين غيرهما، فقال أبو حنيفة: الإقالة: فسخ في حق المتبايعين[(١)] بيعٌ في حق غيرهما، وكما قال الشافعي: إن من ادعى حريّة عبد في يد غيره فاشتراه جاز الشراء، وكان العقد في حق البائع [بيعًا] ينفذ، وفي حق المشتري فداء للعبد وتخليصًا له.

ولهذا [المعنى] قال أصحابنا: إذا وقع الصلح على دار وجبت الشفعة فيها؛ لأن [مدعي الدار][(٢)] بالصلح يزعم أنه ملكها بعوض، فيلزمه الشفعة بحكم اعترافه به.

ولو كانت الدعوى في دار فَصُولح منها [عن إنكار] لم تجب فيها الشفعة؛ لأن المدعى عليه يزعم أنه [لم] يتملكها بالصلح، وأنها لم تزل على ملكه، وإنما دفع العوض لافتداء اليمين، فلم يصدق المدعى عليه؛ فلذلك لم تجب الشفعة.

قال: فإن ظهر بالدار عيب، لم يرجع بعيبها، [يعني الدار المدّعاة؛ لأن في زعم المدّعى عليه أنه لم يملكها من جهة المدّعي، فلا يرجع بعيبها].

[قال]: فإن استحقت الدار وقد بنى فيها المدعى عليه [بناءً]، أو كانت جارية فأولدها المدعي، لم يكن المدعى عليه مغرورًا في الرجوع على المدعي بقيمة الولد، ولا بقيمة البناء إذا نقض، ويكون مغرورًا بالجارية في إثبات نسب

(١) في ل (المتعاقدين).

(٢) في ل (المدعي المالك للدار).

الولد منه، وفي كون الجارية أم ولد؛ وذلك لأن المدعىٰ عليه يزعم أنه لم يملك المدعي بالصلح، فلا يكون المدعي غارًا له في الوطء، ولا في البناء؛ فلذلك لم يرجع عليه.

ويكون مغرورًا في ثبوت النسب والاستيلاد؛ لأنه وطئها وهي علىٰ ملكه في الظاهر، وهذا المعنىٰ لا تعلق له بالصلح؛ لأنه إذا وطئها قبل الصلح ثبت نسبُ الولد والاستيلاد، إن لم يكن هناك [غارّ غيره][1].

فأما الرجوع بقيمة الولد والبناء فلا يكون إلا علىٰ غار، ولم يوجد ذلك، فإن قيل: السر إذا استحقت الدار، رجع المدعىٰ عليه علىٰ المدعي بما أخذ منه، وإن كان في زعمه أنه لم يملك الدار من جهته.

قيل له: إنما يرجع؛ لأنه دفع المال ليسقط عن نفسه الخصومة واليمين، فلما استحقت الدار، تبيَّنَّا أنه لم يكن للمدعي حق الخصومة ولا الاستحلاف[2]، فقد أخذ العوض عن غير شيء، فلذلك لزمه رده.

قال: فإذا أقرَّ المدّعىٰ عليه بعد الصلح بدعوىٰ المدعي وصدّقه فيها، أو أقام المدعي البينة علىٰ صحة دعواه، فإن الحكم بينهما كما بيّنت لك، إذا أقر المدعىٰ عليه بدعوىٰ المدعي في الابتداء قبل وقوع الصلح؛ وذلك لأنه إذا أقر فالظاهر أنه صادق في إقراره، فكأنه أقر ابتداءً، ولا [يفسخ][3] الصلح؛ لأن المدعي كان أخذ العوض في زعمه عن الدار، فإذا أقر المدَّعىٰ عليه فقد بان أن

---

(١) في أ (عاد غره) والمثبت من ل.

(٢) في ل (الاستحقاق).

(٣) في أ (يفسد) والمثبت من ل.

المدفوع عوض عنها، فلم يتغير الحكم عما كان عليه؛ فلذلك لم ينفسخ الصلح.

فأما قوله: إذا أقام المدعي البينة بعد الصلح على حقه، فإنما يصح ذلك إذا طالب المدعي بحقوق الصلح على الإقرار، فمنع المدعى عليه ذلك، مثل أن يجد بما صالح عليه عيبًا يسيرًا فيريد ردّه، فلا يجوز [له] ذلك إلا أن يقيم بينة على حقه، وإلا فلا معنى لإقامته البينة؛ لأنه أسقط حقه عن الدار التي ادّعاها بصلحه، فالبينة التي لا يثبت بها المدعي حقًّا لا تقبل، فإذا أراد الرد بالعيب اليسير فهو يثبت بهذه البينة حقًّا، فلذلك سمعت، وحينئذٍ يعلم أن دعواه كانت صحيحة، فيصير ما أخذه عوضًا عنها، فتعامل بما يعامل به لو كان الصلح عن إقرار. [والله أعلم][1].



(١) انظر: الأصل ١٠/٥٨٠ وما بعدها.



بَابُ
الصلحِ في الدينِ

قال: وإذا ادّعىٰ رجل علىٰ رجلٍ دينًا كائنًا ما كانَ، فأقرّ به المدّعىٰ عليه، أو قامت له عليه بيّنة، ثم إن المدعىٰ عليه صالح المدّعي علىٰ بعض ما ادّعاه، فهو جائز، والمأخوذ من الدين هو الذي كان وجب له بالمداينة.

فإن كان بعضه دون جميعه، وذلك البعض هو ملكه الأول، لم يحدث له فيه ملك بعقد الصلح، فلا يكون ذلك بمنزلة البيع ولا المعاوضة؛ وذلك لأنه إذا ادّعىٰ ألفًا فصالحه علىٰ خمسمائة، فقد وقع الصلح علىٰ ما كان مستحقًا لعقد المداينة، فكأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن الباقي، وكل واحد من الأمرين جائز.

ولا يجوز الحمل علىٰ المعاوضة؛ لأنه يصير يبيع ألفًا بخمسمائة، وذلك لا يجوز؛ ولهذا القول أنه لو ادّعىٰ عليه ألفًا حالّة له، فصالحه علىٰ خمسمائة مؤجلة، جاز، وكأنه أجَّلَ الدين الأول، ولو جعل ذلك عوضًا لم يصح بيع الدراهم بالدراهم [نسيئًا][(١)].

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل ادّعىٰ علىٰ رجل ألف درهم ومائة دينار، فصالحه[(٢)] من جميع ذلك علىٰ مائة درهم دفعها إليه، أو [أجلها] إلىٰ شهر، قال: هو جائز، وقد أبرأه من الدنانير، وحَطَّ عنه الدراهم إلا

---

(١) في أ (شيئًا) والمثبت من ل.

(٢) في ل (فصالح الغريم).

مائة؛ وذلك لأن المائة مستحقة بالمداينة، فإذا أخذها وقعت عن مستحقها، وصار مسقطًا لحقه عما بقي[1].

[وإذا حُمِلَ] على ذلك، جاز التأجيل فيها؛ لأنها ليست بعوض، وإنما هي نفس ما كانت في الذمة، فإذا أجّله جاز.

قال: ألا ترى أنه لو كانت له عليه ألف درهم وكُرّ سَلَم، فصالحه منهما على مائة درهم، فإن هذه المائة من الألف ليس فيها للكر من الطعام حصّة [٤٢١/أ]؛ وذلك لأنا لو جعلناها عن السلم والدراهم بطل العقد؛ لأنه لا يصح أخذ العوض عن المسلم فيه، فلم يبق إلا أن يكون أخذ بعض حقه من الدراهم، وأبرأ عن بقيّتها وعن الكُرّ.

قال: ولو كان لرجلين على رجل ألف درهم ومائة دينار، الألف لأحدهما، والمائة الدينار لآخر، فصالحهما من جميع ما لهما [عليه] على مائة، دفعها إليهما فهذا جائز، والمائة بينهما على قيمة الدنانير والألف، فما أصاب قيمة الدنانير فهو لصاحب الدنانير، وما أصاب الألف فهو لصاحب الألف؛ وذلك لأن الصلح لا يمكن أن يجعل عن الدراهم خاصة؛ لأن مستحقها غير مستحق الدنانير، [فلا بد أن يجعل عوضاً عنها][2] فيقسم على قيمتهما، فما أصاب الدنانير فهي عوض عنها، وبيع الدراهم بالدنانير جائز كيفما كان، وما أصاب الدراهم فهو محمول على استيفاء بعض الحق وإسقاط باقيه، ولا يحمل على المعاوضة؛ [لأنَّ المعاوضة] لا تجوز في ذلك لما فيه من الربا.

---

(١) انظر: الأصل ١٣٩/١١.

(٢) في أ (ولأنا لم نجد عوضاً عنها) والمثبت من ل.

٢٨٠٨ ـ فَصْل: [وقوع الصلح من الدين علىٰ جنس غير الدين]

قال أبو الحسن: وإن وقع الصلح من الدَّيْنِ علىٰ جنس غير الدين مما لم يوجبه عقد المداينة، فهو بمنزلة البيع في جميع وجوهه، وكذلك إن أخذ عن الدين عينًا، فهو أيضًا بمنزلة الدين في جميع وجوهه؛ وذلك لأن الصلح إذا وقع علىٰ ما لم يكن مستحقًا بالمداينة، فلا بد من حمله علىٰ المعاوضة فيعتبر فيه ما يعتبر في المعاوضات، فإن وقع العقد علىٰ دنانير عن دراهم فهو معتبر بعقد الصرف، فما جاز في ذلك جاز في الصلح، وما بطل فيه بطل في الصلح.

فإن وقع علىٰ عين من الأعيان فهو معتبر بعقد البيع، ما جاز في عقد البيع جاز فيه، وما بطل في عقد البيع بطل فيه.

قال: وإن أخذ من الدين من جنسه ما هو أقل من الدين قدرًا أو صفةً، فهو جائز، أمّا إذا أخذ أقل من قدره: فقد بيّنا.

وأما إذا أخذ أقل من صفته ـ مثل أن يصالحه عن ألف بيض علىٰ خمسمائة سود ـ: فذلك جائز؛ لأن المستحق للخيار كمستحق لما دونها؛ بدلالة أنه لو أخذ السود من مال غريمه بغير أمره لم يجبر علىٰ ردها، والصلح وقع علىٰ المستحق، وقد أبرأه عن الصفة فجاز ذلك، وعلىٰ هذا إذا صالح من الدين الحالّ علىٰ المؤجل، لم يحمل علىٰ المعاوضة؛ لأنه لو حمل عليها بطل، فلم يبق إلا أن يكون [أخذ][(١)] نفس المستحق.

قال: وإن كان الدين مؤجلاً فصالح عن بعضه عاجلاً: كان الصلح باطلاً؛ وذلك لأن من له دين مؤجل لا يستحق المعجل، فإذا صالح علىٰ ما لم يكن

(١) في أ (أجل) والمثبت من ل.



مستحقًا بعقد المداينة صار عوضًا، وبيع خمسمائة بألف لا يجوز[١].

وعلىٰ هذا قالوا: لو كان عليه ألفان سود، فصالحه علىٰ خمسمائة بيض، لم يجز؛ لأن مستحق السود لا يستحق البيض، وهي أجود منها، فلم يبق إلا أن يكون البيض عوضًا، وبيع [ألف سود][٢] بخمسمائة بيض لا يجوز.

قال: فإن صالح علىٰ أكثر من الدين وهو مثل الدين في الصفة، أو أجود منه، أو دون منه، فالصلح باطل.

وإن صالحه علىٰ قدر الدين، وهو أجود، فهو جائز إذا قبض ذلك قبل أن يتفرقا، فإن افترقا قبل القبض بطل الصلح؛ وذلك لأن الدين إذا كان ألفًا بيضًا، فصالحه علىٰ ألفين بيض، فالزيادة علىٰ الألف مال مأخوذ بالباطل؛ لأنه لا يجوز أن يملك ما في ذمته من الدراهم بأكثر منها.

وإن صالحه علىٰ ألفين سود، لم يجز؛ لأنه جعل الزيادة بإزاء الجودة، وذلك لا يجوز في الشريعة.

فأما إذا صالحه من ألف سودٍ علىٰ ألف بيضٍ، فسلمها في المجلس، جاز؛ لأنهما من جنس واحد، وقد سمح المطلوب بالصفة وتبرّع بها، فيجوز ذلك، فإن افترقا لم يلزمه؛ لأنه وعد بأن يعطي أجود مما عليه، فإن شاء وفّىٰ بعهده، وإن شاء رجع عنه. [والله أعلم][٣].

---

(١) انظر: الأصل ١١/١٤١.

(٢) في أ (السود) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ١٠/٦١٠ وما بعدها.

بَابُ
الصلح من الحقوقِ التي ليست بمالٍ

قال: وإذا وجب لرجل على رجل قِصَاصٌ في نفسٍ أو فيما دونها، وصالح صاحب الحق من ذلك على مال، فذلك جائز قليلاً كانَ المال أو كثيرًا، كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر، فهو حَالٌّ في مال الجاني، ولا يكون ذلك في مال العاقلة.

والأصل في جَوازِ الصلح من دم العمد قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨].

ولأن دم العمد حق يجوز أن يفضي إلى مال؛ بدلالة أنه لو دخلته شبهة انتقل مالاً، فجاز الصلح منه على مال، كالرد بالعيب.

وإنما جاز الصلح على مقدار الدية وما زاد عليها؛ لأن الحق ليس بمال فيقدر العوض عنه، فإنما هو عقوبة، والعوض عنه لا يتقدر.

وليس هذا كقتل الخطأ أن الصلح عنه لا يجوز بأكثر من الدية؛ لأن الواجب بقتل الخطأ الدية، وقد بيّنا أن المال لا يجوز أن يصالح عنه بأكثر [منه] من جنسه.

وإنما كان البدل في الصلح حالاً؛ لأنه مال وجب بالعقد، وكل مال وجب بالعقد فهو حال، إلا أن يشترط فيه التأجيل، كعقد البيع، فلا يلزم ذلك العاقلة؛ لأنه وجب بعقد القاتل، فكان عليه؛ ولأن العاقلة لا تتحمل ما يجب بالعمد،

وإنما تتحمل [ما يجب] بالخطأ وشبه العمد(١).

قال: وكل ما سمّينا في عقد الصلح عن القصاصِ مما بيّنت لك [في كتاب النكاح أنه يكون المال مهرًا مسمّىً، فهو كذلك في الصلح عن القصاص، وكلّ ما بيّنت لك]: أنه لا يكون مسمّىً صحيحًا في النكاح، وأن تسمية ذلك يوجب للمرأة مهر المثل، فهو كذلك في الصلح من القصاص، لا يصح أخذه للولي، وعلىٰ القاتل فيه دية النفس إن كانت نفسًا، وأرش الجراحة إن كانت جرحًا في مال الجاني حالاً، ولا يجب شَيء من ذلك علىٰ العاقلة، وما كان يكون في النكاح إذا سمّاه الزوج علىٰ الوسط منه، وكذلك هو في الصلح عن القصاص.

وإنما اعتبر البدل في الصلح عن الدم بالمهر؛ لأن كل واحد منهما يثبت بالعقد بدلاً عما ليس بمال، فما جاز أن يثبت في أحدهما جاز أن يثبت في الآخر.

فإذا صالح علىٰ عبد غير موصوفٍ، أو حيوانٍ غير موصوف، فيجوز الصلح عليه، ويجب منه الوسط، كما يجب في المهر.

وما لا يصح تسميته في المهر لجهالته، فكذلك لا يصح في الصلح، مثل أن يصالح علىٰ ثوب غير موصوفٍ؛ لأن هذه الجهالة كثيرة؛ ولذلك تمنع صحة التسمية في النكاح، فكذلك في الصلح، إلا أن القصاص يسقط؛ لأن من شرط سقوطه القبول، وقد وجد، فإذا سقط القصاص من غير عفو وجب بدل النفس، وهو الدية وأرش الجرح، كما لو تزوجها علىٰ ثوب بطلت التسمية ووجب لها مهر المثل.

ثم يفترق النكاح والصلح من وجه: وهو أنه لو تزوجها علىٰ خمر، وجب

(١) انظر: الأصل ٣١/١١.



لها مهر المثل، ولو صالح على خمر وقع العقد ولم يجب له شيء؛ وذلك لأنها لا تملك أن [تبيح بُضعها بغير عوض][1]، فإذا رضيت بالخمر مهرًا، فقد رضيت بما ليس بمال، فكأنها تزوّجت بغير شيء، فيجب لها مهر مثلها، فأما في الصلح [فالولي يملك][2] العفو من غير عوض، فإذا صالح على خمر فقد رضي بما لا قيمة له، فكأنه عفا من غير بدل، فلا يجب له شيء.

وقول أبي الحسن [٤٢١/ب]: كل ما كان تسميته من النكاح يُوجب مهر المثل للمرأة، وكذلك في الصلح، وهذا لا ينتقض بمسألة الصلح على الخمر؛ لأنها إذا تزوجت على خمر لم يجب لها مهر المثل بحكم التسمية، وإنما يجب بأن النكاح لا يخلو من عوض، فلذلك لم تجب هاهنا الدية.

قال: وكذلك الخلع والعتق على مال، والكتابة، فهذا كله في حكم واحد، يعني: أن البدل يثبت فيه مع الجهالة؛ لأنه بدل عمّا ليس بمال، وإن كان الخلع يفارق النكاح والصلح؛ لأنه يحتمل من الجهالة ما لا [يحتملان][3]، ألا ترى أنهم قالوا: لو خالعها على ما في بطن جاريته من الولد، جاز، ولو تزوّجها على ذلك لم يجز.

ولو عفا من الدم على ذلك لم يجز؛ لأن النكاح [والعفو] وإن كان البدل يثبت عما ليس بمال، فهو معنى متقوم، بدلالة أنه يجوز أن يجب العوض فيه حكمًا، فكذلك اعتبر في بدله ما يُعتبر في المعاوضات، ولا يصحُّ في الحمل، فأما الخلع والعوض فيه عوض عن خروج البضع من ملك الزوج؛ وذلك لا

(١) طمس غير مقروء في أ، والمثبت من ل.
(٢) طمس غير مقروء في أ، والمثبت من ل.
(٣) في أ (يحتمل) والمثبت من ل.

يتقوم، فلم يعتبر بالمعاوضات، فاعتبروه بالوصايا.

وفرق آخر: وهو أن الأحكام المعلقة بالحمل موقوفة على الولادة، بدلالة الميراث والوصية، والنكاح والصلح لا يجوز أن يتعلقا بشرطٍ، فلم يجز أن يكون البدل عنهما متعلقًا استحقاقه بالولادة، فأما الخلع فيجوز تعلقه بالشروط، فلذلك جاز أن يكون العوض فيه ما يقف استحقاقه على شرط الولادة.

قال: وللمصالح أن يُبرئ [عن بدل الصلح][1] قبل قبضه، وأن يملكه قبل القبض ببيع أو هبة أو غير ذلك؛ وذلك لأنه مملوك بسبب لا ينفسخ [بهلاكه][2]، فجاز التصرف فيه قبل القبض كالميراث والوصية.

قال: فإن صالح من القصاص على ما لا يحل من ميتة أو دم أو خمر أو خنزير، وهو يعلم ذلك، فذلك عفو، ولا شيء على القاتل من دية ولا أرش الجراحة، وقد بيّنا هذا.

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل صالح من دم عمد على عبد وسط، فذلك جائز، وإن لم يسم له أجلاً، فإن باعه قبل أن يقبضه، جاز، ألا ترى أنه لو هلك لم ينفسخ الصلح، ورجع بقيمته، فكل مملوك لسبب لا ينفسخ بهلاكه، فالتصرف فيه قبل القبض جائز.

أما جواز الصلح على عبد وسط أو مطلق، فقد بيّناه، وأما جواز التصرف فيه قبل القبض، فكما ذكرنا.

وإنما قلنا: إنه إذا هلك رجع بقيمته؛ لأن تسليمه واجب، والسبب الموجب

(١) في أ (منه) والمثبت من ل.
(٢) في أ (لملاكه) والمثبت من ل.

لتسليمه لا ينفسخ بهلاكه ، فصار كالعين المغصوبة إذا هلكت ، وجبت قيمتها .

ولم يذكر أبو الحسن: إذا صالح علىٰ خمر أو خنزير وهو لا يعلم ذلك ، مثل أن يقول: صالحتك علىٰ هذا الخل ، فإذا هي خمرٌ ، والواجب في ذلك علىٰ قول أبي حنيفة: الدية ؛ [لأن التسمية لا يتعلق بها حكم مع التعيين والإشارة ، فكأنه قال: صالحتك علىٰ هذا الخمر ، فلا تصح التسمية ، إلا أنه قد غرّه بتسمية ما له قيمة ، فإذا لم يسلم له ، وجبت الدية .

وأما علىٰ قوله: فالواجب مثل تلك الخمر خلاً ؛ لأن تسمية الخل صحيحه ، فتعلق العقد بها ، وبطلت الإشارة إلىٰ الخمر .

وأما إذا صَالَح علىٰ عبدٍ ، فإذا هو حُرٌّ ، فالواجب في ذلك علىٰ قول أبي حنيفة: الدية][1] ؛ لما قدمنا .

وقال أبو يوسف: استحقاق العبد لنفسه بالحرية كاستحقاق أجنبي له ، فتجب قيمته .

وقال محمد: تجب الدية ؛ لأنه لما أبطل الحر أن يكون تسمية ، أبطل ما هو من جنسه ، وهذا مبني علىٰ الاختلاف في النكاح[2] .

* نوع آخر: في الصلح من الحقوق التي ليس فيها استبدال بمالٍ

قال: وإذا وجبَ لرجل علىٰ رجل شفعة في دار اشتراها ، فصالح المشتري الشفيع علىٰ مال معلوم علىٰ أن يسلم له الدار ، فالصلح باطل عند أصحابنا

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ والمثبت من ب .

(٢) انظر: الأصل ٣٢/١١ وما بعدها .

جميعًا، ولا يجب المال على المشتري، وتبطل الشفعة؛ وذلك لأن ملك المشتري في الدار بعد الصُّلح على الوجه الذي كان قبله، والعوض مأخوذ عن غير شيء، فيكون أخذ مال بباطل[1].

ولا يلزم على هذا الصلح من دم العمد؛ لأن ملك القاتل في الدم بعد الصلح مخالفٌ لما كان قبله؛ بدلالة أنه كان مباح الدم للولي، ألا ترى أنه على أي وجه قتله لم يلزمه شيءٌ، فإذا صالح زالت الإباحة؛ فلذلك جاز الصلح.

ولأن حق الشفعة ليس بمال، ولا فيه معنى المال، ألا ترى أنه إذا أسقط حكمًا لا ينتقل إلى مال، فليس له إزالة ملك الشفيع عن شيء يجوز تصرفه فيه، فلم يجز أخذ العوض عنه، كحق الوكالة والمضاربة؛ ولأن الشفيع يثبت له خيار إن شاء، فلا يجوز أن يتعوض عنه [كخيار الشرط والرؤية][2].

وإنما سقطت الشفعة، وإن لم يسلم العوض؛ لأن إسقاط الشفعة لا يقف على عوض، والحق غير مُقوّم، فإذا بطل العوض فيها حكمًا لم يرجع إلى شيء كالطلاق، وليس هذا كما لو صالح المشتري الشفيع على أن يأخذ شفيعه شيئًا من الدار بحصته من الثمن، أن الصلح باطل، والشفعة بحالها في كل الدار؛ لأنه لم يصالح على إسقاط شفعته، وإنما صالح على أخذ بعض حقه، فإذا لم يسلم له ما صالح عليه بقي حقه بحاله[3].

فأما الكفالة له بالنفس إذا صالح الكفيل المكفول له على مال أعطاه على

(١) انظر: الأصل ٦٠٧/١٠.
(٢) في أ (والرؤية بخيار الشرط) والمثبت من ل.
(٣) انظر: الأصل ٦٠٥/١٠.

أن يبرئه من الكفالة، فالمال باطل؛ لأن الكفالة بالنفس حق ليس بمال، ولا يؤول إلىٰ مال، وليس فيه إسقاط المكفول له حقه عن ملك لم يتصرف فيه، فلم يجز أخذ العوض عنه، كإسقاط الشفعة.

وإذا بطل العوض، فهل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان: إحداهما: أنها تبطل؛ لأن إسقاط الحق عنها لا يقف علىٰ عوض، فإذا بطل العوض عنها من طريق الحكم سقطت.

والرواية الأخرىٰ: أن الكفالة بحالها؛ لأن الكفالة بالنفس أقوىٰ في الثبوت من الشفعة، بدلالة أنها لا تبطل بموت المكفول له، ولا بموت الكفيل، ويطالب الورثة بالإحضار.

وليس كذلك الشفعة؛ لأنها تبطل بموت الشفيع؛ فلذلك[1] بطلت بالصلح وإن بطل العوض.

قال بشر عن أبي يوسف: إذا ادَّعَتْ المرأة علىٰ رجل أن هذا الصَّبِيَّ الذي في يدها ابنه منها، وجحد الرجل ذلك، فلم تَدَّع المرأة النكاح وقالت: قد طَلَّقَنِي، وأَقَرَّ الزوج أنه كان طلقها وبانت [منه]، فصالح من النسب علىٰ مائة درهم، فالصلح باطل وإن لم تقم بينة؛ لأن النسب حق للصغير، فلا يجوز صلح أمه في إسقاطه؛ ولأن النسب الثابت لا يصح إسقاطه بعوض.

قال: ولو ادّعت نكاحًا بغير ولد، فصالحها علىٰ مائة درهم، فإن الصلح باطل وإن لم تقم بينة علىٰ النكاح، ويرجع في المال؛ وذلك لأنها إذا ادعت أنه

(١) في ل (وكذلك يبطل بالصلح).

زوجها، وصالحها علىٰ عوض أعطاها لتترك النكاح، فإن جعلنا هذا فُرْقَةً فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، وإن لم تكن فرقة، فالحال علىٰ ما كانت عليه في الدعوىٰ، فلا يكون العوض عن شيء.

قال بشر عن أبي يوسف: لو كان لرجل ظُلَّة علىٰ طريق نافذ، أو كنيف [علىٰ] شارع، فخاصمه رجل فيه، وأراد طرحه، فصالح علىٰ دراهم، فالصلح باطل، ويخاصمه في طرحه متىٰ شاء؛ وذلك لأن الحق في منع الظلة والكنيف لجماعة المسلمين، فإذا صالح [الواحد][1] علىٰ تركها فلبقية المسلمين الخصومة فيها والمطالبة لقلعها، ولم يستفد صاحب الظلة بدفع العوض فائدة، فلا يصح الصلح.

قال: ولو كان علىٰ طريق غير نافذ، فخاصمه رجل من أهل الطريق، فصالحه علىٰ دراهم مسمّاة، كان الصلح جائزًا؛ وذلك لأن الطريق إذا لم ينفذ فهو ملك لأهله، وكل واحد منهم يملك جزءًا منه، فإذا صالحه فقد أسقط حقه عن ملك مشاع، فيجوز الصلح[2].

فإن قيل: أليسَ صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح [٤٢٢/أ] فائدة؛ لأن لبقية أهل الدار أن يخاصموا فيها.

قيل له: بل له فائدة؛ لأنه يجوز أن يصالح بقيتهم، فيستفيد بالصلح الأول، والثاني[3] ببقية الظلة، وليس كذلك الطريق الشارع؛ لأنه لا يقدر علىٰ صلح جميع المسلمين، فلا يستفيد بصلح الواحد منهم فائدة.

(١) في أ (أو أخذ) والمثبت من ل.
(٢) انظر: الأصل ١٠/٥٨٥، ٥٨٦.
(٣) في ل (الباقي).



وكان أبو بكر الرازي يقول: هذا محمول على أنه بنى في الطريق بناء ووضع عليه الظُّلَّة، وزعم أن موضع البناء ملكه، والظلة له قديم[١]، وزعم المدعي: أن موضع البناء مشترك، [فإذا صَالَح][٢] فقد أسقط حقه عن [بقعة بعينها][٣] فيجوز ذلك كما لو باع.

فأما إذا لم يكن هناك بناء وإنما أسقط حقه عن الهواء، [وذلك] لا يجوز أخذ العوض عنه.

قال: ولو صالحه المصالح عن مائة درهم على أن يطرح هذه الظلة عن هذه الطريق، كان جائزًا؛ لأن هذا منفعة لأهل الطريق[٤]. وهذا موضع على أن صاحب الظلة يقول: بنيتُها بحق، ويقول المنازع: بنيتها بغير حق، فإذا دفع المنازع إلى صاحبها مالاً [لينقضها][٥] فهو مسقط للخصومة عن نفسه وعن شركائه في الطريق، فيصير متبرعًا عليهم في الصلح، فيجوز.

قال: وإذا ادّعى رجل على رجل مائة درهم، فأنكرها المدعى عليه، فصالحه المدَّعِي على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء، فحلف المدعى عليه: ما لفلان [عليه][٦] قليل ولا كثير، فإن أبا حنيفة قال: الصلح باطل لا يجوز، والمدعي على دعواه، فإن أقام بينة أخذه بها، وإن لم يكن [له] بينة فأراد

(١) في ل (برسم).
(٢) في أ (فإني) والمثبت من ل.
(٣) في أ (بقية بقيتها) والمثبت من ل.
(٤) انظر: الأصل ٥٨٦/١٠.
(٥) في أ (ليقبضها) والمثبت من ل.
(٦) في أ (علمه) والمثبت من ل.

استحلافه عند القاضي فله ذلك ؛ لأن هذه براءة متعلقة بشرط ، وبراءة صاحب الأصل لا يجوز تعليقها بالشروط.

وأما قوله: إنّ له أنْ يستحلفه ثانيًا ، فهو علىٰ وجهين: إن كانت اليمين الأولىٰ عند غير القاضي ، فله أن يستحلفه عند القاضي ؛ لأن اليمين عند غير القاضي لا تقطع الخصومة ، ألا ترىٰ أنها لا تجب علىٰ المدعىٰ عليه ، وإنما بذلها باختياره.

وإن كانت اليمين الأولىٰ عند القاضي لم يكن له استحلافه ثانيًا ؛ لأن اليمين لا تتكرر عند القاضي في مال واحد.

قال: وإذا اصطلحا علىٰ أن يحلف المدعي ، فمتىٰ حلف فالدعوىٰ لازمة للمدعىٰ عليه ، ضامن لها ، فحلف المدعي علىٰ ذلك ، فإن الصلح لا يجوز ، ولا يلزم المدعي قبله بهذا شيء ؛ وذلك لأنه علق استحقاق[1] المال بشرط وهو اليمين ، والأموال لا يتعلق استحقاقها في حال الحياة بالشروط.

قال: وإذا ادعىٰ رجل قبل امرأة تزويجًا ، فجحدت ، فصالحها علىٰ مائة درهم علىٰ أن تقِرَّ بذلك ، وأقرت بالنكاح ، فهو جائز ، والذي جعل لها لازم ؛ وذلك لأن إقرارها بالنكاح محمول علىٰ الصحة ، فإذا أعطاها مائة درهم جعل ذلك زيادة في مهرها[2].

قال: ألا ترىٰ أن رجلاً لو ادّعىٰ عبدًا في يده فجحده ، فصالحه علىٰ مائة درهم ، علىٰ أن يقر له بالعبودية ، أن ذلك جائز ؛ وذلك لأن العبد في زعم المدعي ملكه ، وإنما بذل المال [لقطع] الخصومة فيه ، وفي زعم صاحب اليد أن العبد

(١) في ل (استحلاق).
(٢) انظر: الأصل ١١/١٣٤.



ملكه، وأنه أخذ العوض عنه، وذلك جائز.

قال: ولو ادّعىٰ ألف درهم، فقال: أقر لي بها علىٰ أن أعطيك مائة درهم، كان هذا باطلاً؛ لأنه إن كان له عليه ألف، فلا معنىٰ لأخذ المائة [منه][1]، وإن لم يكن له، فلا يجوز أن يوجب علىٰ نفسه ألفًا بمائة.

قال: وكذلك لو قال: أعطيكِ مائة درهم علىٰ أن تكوني امرأتي، فهو جائز إذا قبلت ذلك بمحضر من الشهود؛ لأن هذا كناية في النكاح، فإذا حضره الشهود جاز.

وكذلك لو قال: تزوجتك أمس علىٰ ألف، فقالت: لا، فقال: أزيدك مائة علىٰ أن تقري لي بالنكاح، فأقرت، كان لها الألف ومائة، والنكاح جائز، لأنها إذا أقرّت حمل بذل المائة علىٰ الزيادة في المهر علىٰ ما قدّمنا[2].

قال: وإذا ادّعىٰ رجل علىٰ رجل أنه عبده وهو مجهول، فأنكر المدعىٰ عليه ذلك، [ثم صالحه المدعىٰ عليه من ذلك علىٰ مائة درهم، فهو جائز، وإن أقام المدَّعي البيّنة بعد ذلك] أنه عبده، لم يقبل منه، وهذا بمنزلة العتق، غير أنه ليس له الولاء إذا لم يقم البينة[3]؛ وذلك لأن في زعم المدعي أنه يأخذ المائة لإسقاط الرق، وإسقاط الحق عن الرق جائز، وفي زعم المدعىٰ عليه أنه حر الأصل، وإنما يسقط الخصومة عن نفسه بما يعطىٰ من العوض، وذلك جائز، فإن أقام المدعي البينةَ فلا شيء له إلا الولاء؛ لأن رضاه بأخذ العوض من عبده عتق علىٰ

(١) في أ (هبة) والمثبت من ل.
(٢) انظر: المرجع السابق ١١/١٣٤، ١٣٥.
(٣) انظر: الأصل ١١/١٣٥، ١٣٦.

مال، وإن لم تقم له بينة فلا ولاء له؛ لأنه غير مصدق في الدعوىٰ.

قال: وكذلك لو قال: أصالحك من دعواي علىٰ وصيف إلىٰ أجل، أو علىٰ كذا وكذا من الغنم إلىٰ أجل، كان جائزًا، وكل ما جاز في الكتابة من ذلك فهو جائز في هذا؛ لأنه إنما يأخذ العوض عن الرق، فهو في حكم المعتق والمكاتب، إلا أنه إن أخذ بهذا المال كفيلاً جاز، ولو أخذ بمال الكتابة لم يجز؛ لأن العتق هاهنا في زعم المدعي قد وقع بنفس الصلح، فالكفالة [وقعت] عن حر فتجوز، والكتابة لم يقع العتق فيها بالعقد، فيبقىٰ الدين علىٰ نقصانه، فلا تصح الكفالة به.

قال: وإذا ادعىٰ الرجل قِبَل الرجل قذفًا، فصالحه المدعىٰ عليه علىٰ دراهم مسمّاة علىٰ أنه أعفاه منه، فالصلح باطل، وله أن يرجع بالدراهم إن كان نقدها، وهو علىٰ حجّته؛ لأن حد القذف عندنا حق لله تعالىٰ، فلا يجوز للمطالب إسقاطه، ولا أخذ العوض عنه.

قال: وكذلك رجل أخذ زانيًا أو سارقًا سرق من غيره، فأراد رفعه إلىٰ السلطان، أو أخذه في شرب خمر، أو سكر، فصالحه علىٰ أن لا يرفعه إلىٰ السلطان، فالصلح باطل، ويرجع بما دفع.

وكذلك لو صالحه عنه غيره، أو أعطاه [بذلك] كفيلاً؛ لأن المطالبة بالحدود وإقامتها حق لله تعالىٰ، ولا يملك أحد من الناس إسقاطها، ولا أخذ العوض عنها.

قال: وإذا صالح رجل شاهدًا عليه لحق من حقوق الله، علىٰ أن لا يشهد

عليه ، فالصلح باطل ، ويرد ما أخذ على ذلك ، وإذا أثبت ذلك عند الحاكم أبطل شهادته في ذلك وفي غيره ، إلّا أن يحدث توبة ؛ لأن إقامة الشهادة عبادة ، فتلزم الشاهد لحق الله تعالى ، ولا يجوز أخذ العوض على إسقاطها كسائر العبادات ، ويكون هذا جرحًا في الشهادة ، فمنع من قبول شهادته في ذلك الحق وفي غيره[1] .

(١) انظر : الأصل ١٠/٦٠٥ وما بعدها .

بَابُ
الصلح في قتلِ الخطأ

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل قتل رجلاً خطأً فصالح وليّه القاتل على مائة بعير، أو مائتي بقرة، أو ألفي شاة، أو مائتي حلة، أو ألف دينار، أو عشرة آلاف درهم، فذلك جائز؛ لأن هذه الأنواع هي التي فرض الديات منها، فإذا صالح على أحدها فقد أخذ نفس المستحق[1].

وفائدة الصلح: كان التعيين في أحد الأنواع إلى الحاكم، فإذا تراضيا بالتعيين لم نحتج إلى [الحاكم][2].

وإن صالحه على شيء أقل من هذه الأنواع، جاز؛ لأن المستحق مقدار الدية من أحد هذه الأجناس، فإذا صالحه على بعضها فقد أخذ بعض حقه [٤٢٢/ب] وأسقط باقيه.

قال: فإن صالح على شيء من هذه الأنواع على أكثر مما سُمّي من الدية لم تجز الزيادة؛ لأنه إذا صالحه على نوع تعيّن الوجوب فيه فقد صالح على أكثر من حقه، فالزيادة باطلة.

قال: وإن صالحه على شيء مما لم يفرض فيه الدية، فهو جائز إذا دفعه إليه؛ وذلك لأن ما لم تفرض فيه الدية عوض عنها، فيجوز قليلاً كان أو كثيرًا؛

---

(١) انظر: الأصل ٥٦١/٦، ٥٦٢.

(٢) في أ (حكم) والمثبت من ل.



إلا أنه يعتبر فيه القبض في المجلس ؛ لأنه بدل عن الدية ، وهي دين ، فإذا لم يعجله صار دينًا بدين ، وقد (نهىٰ النبي ﷺ عن الكالئ بالكالئ) ، وهو الدين بالدين.

قال: وهذا كله إذا لم يكن القاضي قضىٰ علىٰ القاتل بالدية ، فإن قضىٰ عليه بالدية بمائة بعير فصالح القاتل الولي من مائة بعير علىٰ أكثر من مائتي بقرة ، وهي عنده ، ودفع ذلك إليه ، جاز ؛ لأن قضاء القاضي [عين][1] الوجوب في الإبل ، وإذا صالح علىٰ البقر فالبقر الآن ليست مستحقة ، وبيع البقر بالإبل جائز بغير تقدير.

قال: وإن صالح بعدما [قضىٰ القاضي] بالإبل علىٰ شيء من الكيل والوزن سوىٰ الدراهم والدنانير إلىٰ أجل ، لم يجز ؛ لأن [الإبل][2] دين في الذمة ، فإذا صالح منها علىٰ مكيل أو موزون مؤجل فقد عاوض دينًا بدين ، فلا يجوز.

قال: وإن صالحه من الإبل علىٰ مثل قيمة الإبل أو أكثر من ذلك مما يتغابن الناس فيه ، فهو جائز ؛ وذلك لأن القيمة مستحقة ، ألا ترىٰ أن من قضي عليه بالإبل مخير بين دفعها أو دفع قيمتها ، فإذا صالح علىٰ القيمة جاز.

قال: وإن صالح علىٰ أكثر من القيمة مما لا يتغابن الناس [فيه] ، لم يجز ؛ وذلك لأن القيمة كالمستحقة ، فإذا صالح بزيادة يتغابن في مثلها ، لم يتيقن بحصول الزيادة ؛ لأنها تدخل بين تقويم المقومين.

وإذا صالح علىٰ زيادة كثيرة ، فقد تيقَّنَّا أنه صَالَح علىٰ أكثر من المستحق ، فلا يجوز.

قال: فإن قضىٰ عليه القاضي بالدنانير أو بالدراهم ، فصالحه القاتل علىٰ

---

(١) في أ (غير) والمثبت من ل.

(٢) في أ (الأجل) والمثبت من ل.

طعام [شعير][1] أو بعير، أو بقر أو إبل، مما ليس عنده، فإنه لا يجوز وإن دفعه إليه قبل أن يفارقه؛ وذلك لأن الحق هو للدراهم التي قضي لها، فإذا صالح منها على الأعيان صارت مبيعة، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا في السَّلَم.

قال: وإذا كان ما قضى به القاضي إبلاً أو بقرًا، فصالحه من ذلك على شيء من الطعام أو غيره، وليس عنده، ثم دفعه إليه قبل أن يفارقه، فهو جائز؛ وذلك لأن الطعام إذا ثبت في الذمة في مقابلة الأعيان فهو ثمن، فجاز العقد به وإن لم يكن في ملك العاقد.

قال: فإن لم يدفع إليه الطعام أو الشعير حتى فارقه، لم يجز؛ لأنه يصير دينًا بدَيْنٍ، وذلك لما بيّنا أن الدين بالدين معفو عنه مقدار المجلس، فإذا افترقا قبل قبضه بطل البيع فيه.

قال: ولو لم يقض على شيء حتى صالحه القاتل على مائة كُرٍّ من الطعام، وذلك أكثر من قيمة ما فرضت فيه الدية، فإنه جائز إذا دفع الطعام إليه قبل أن يفارقه؛ وذلك لأن الطعام ليس بمستحق، فإن صالحه عليه فهو عوض عما فرض فيه الدية، فيجوز ذلك، ولا يضره أن لا يكون عنده؛ لأنه يمكن أن يحمل العقد فيه على الصحة، وهو أن يجعل عوضًا عن الإبل والبقر والغنم دون الدراهم والدنانير، فيكون ثمنًا، فيجوز العقد به وإن لم يكن عنده.

قال بشر عن أبي يوسف: لو صالح من الدية على أكثر منها لم يجز، [وإن صَالحَ على أقلّ جاز، وقد بيّنّا ذلك].

وإن صَالَح على ثياب قيمتها أكثر من الدية جاز؛ لأنه صلح على غير

(١) في أ (بعير) والمثبت من ل، ويدل عليه السياق بعده.



المستحق، فلا يعتبر فيه التقدير.

قال: وإذا قتل رجل رجلاً خطأً، فلم يقض على عاقلته بالدية حتى صالحه غيره على صلح وضمن ذلك، وإن كان صالح على خمسة عشر ألف درهم، والقاتل من أهل الوَرِق، أو على ألف دينار، والقاتل من أهل الورق، قضى على المصالح بالضمان، إن كان صالح على وَرِقٍ بعشرة ألف، وإن كان صالح على ذهب بألف دينار؛ [وذلك] لأن المتبرع بالصلح يجوز عقده فيما يجوز عقد الذي عليه الحق، وصلح القاتل على أكثر من الدية لا يجوز، وكذلك الذي يتبرع عنه.

قال: ألا ترى أن رجلاً لو كان له على رجل ألف درهم، [فصالح عنه رجل على ألفين درهم] وقبضها، إني أجيز من ذلك ألفًا وأبطل ألفًا، ولو صالح على مائتي دينار ودفعها إليه أجزت ذلك، فإن افترقا قبل أن يقبضها أبطلت الصلح؛ وذلك لأنه إذا صالح من الألف على ألفين، فالزيادة على الألف مأخوذة بغير حق، فيجب ردها.

فإذا صالح على دنانير فهي عوض عنها، فيجوز بالقليل والكثير، إلا أن التقابض [معتبر]؛ لأنه عقد صرف.

فأما الدية فإن كان لم يقضِ بالدراهم، لم يجز الصلح على أكثر من ألف دينار؛ لأن الدية مستحقة من كل واحد منهما، فالصلح بالدنانير يقع عن المُستحق، لا على وجه العوض، فلا[1] تجوز الزيادة فيه.

فإذا قضى بالدراهم فصالح منها على ألفي دينار، جاز إذا قبضها في المجلس؛

(١) في ل (تجوز).



لأن [الحق تعيّن][(١)] في الدراهم، والدنانير عوض عنها، فيجوز بغير تقدير.

وكذلك لو صالحه على مائتي بعير بأعيانها؛ لأن المستحق[(٢)] هو الدراهم وفي مقابلتها الإبل، وهي مبيعة، فيجوز بغير تقدير.

وأما إذا لم يقض القاضي بالدراهم فصالحه على مائة بعير بعينها أو بغير عينها، أجزت من ذلك مائة؛ لأن المستحق لم يتعيّن، والإبل نفس الحق، فلا تجوز [الزيادة] عليها.

قال: وإن لم يكن بأعيانها جعلت الدية من الإبل المائة على أسنان الإبل في الدية؛ لأنا بيّنا أن هذا صلح على نفس المستحق، فوجب الرجوع فيه إلى الأسنان المستحقة.

قال: وإذا كانت بأعيانها أجزت المائة من ذلك، وجعلت التخيير إلى الطالب، وإن شاء أنفذ الصلح، وإن شاء رَدَّهُ إن كان في أسنان الإبل نقصان من أسنان الإبل المسماة في الدية؛ لأن الطالب لم يرض بنقصان السن إلا ليسلم له زيادة العدد، فإذا لم يسلم له بعيوب صفة العقد، فكان الخيار: إن شاء أمضاه، وإن شاء فسخه.

قال: ولو صالحه على مائة بعينها على أسنان الدية وضمنها، أو بغير عينها وضمنها، فهذا جائز لازم للطالب والمطلوب، لا خيار للطالب في ذلك؛ لأن الصلح وقع على نفس المستحق، فجاز عن مستحقه ولا خيار للطالب؛ لأنه استوفى ما ثبت في الأصل[(٣)].

---

(١) في أ (الجودة عين) والمثبت من ل.

(٢) في ل (المسمى).

(٣) انظر: الأصل ٥٦١/٦، ٣٨/١١.



بَابُ
الصلحِ في المنافعِ

قَال: وإذا ادّعىٰ رجل علىٰ رجل دَارًا أو عبدًا في يده، أو حقًا في عين؛ فجحدَ المدّعىٰ عَليه الدعوىٰ، فصالحه من ذلك علىٰ خدمة [عبدٍ]، أو سُكنىٰ دار، أو مزارعة أرض، وذلك كله بعينه مدةً معلومةً، وبيّن ما يزرع في الأرض، فالصلح جائز[1].

وكذلك لو صالحه علىٰ ركوب دابة بعينها وقتًا معلومًا، أو إلىٰ مسافة معلومة، فالصلح جائز.

ويصح جميع ذلك بما تصح به الإجارة، وينقض الصلح بما تنتقض به الإجارة، ويجري ما وقع به الصلح مجرىٰ إجارته فيما يصحُّ فيه وما يبطل، وما بطل في الإجارة [٤٢٣/أ] فأوجب بطلانه الرجوع بالأجر كله رجع في الصلح إذا بطل علىٰ جميع دعواه.

وما أوجب في الإجارة بطلان بعض الأجر وصحة بعضه، فهو كذلك في الصلح يبطل قدر ما بطل فيه، ويعود علىٰ دعواه في ذلك القدر، وما صَحَّ فيه الصلح بطل من الدعوىٰ قدر ذلك.

والأصل في هذا: أن الصلح فرع للعقود، فالواجب اعتباره بنظيره منها، فإذا وقع عن عين أو دين بمنافع فهو في حكم الإجارة؛ فلذلك صحّحوه بشروط

(١) انظر: الأصل ١١/١٣٠.

الإجارة، وأبطلوه بما أبطلوا به الإجارة.

ولهذا قالوا في الصلح: إذا وقع علىٰ عين أنه معتبر بالبيع، وإذا وقع عن الدراهم [بالدنانير][1] فهو معتبر بعقد الصرف.

قال أبو الحسن: وتفسير ذلك أن أحد المتصالحين لو مات انتقض الصلح بموته، كما يبطل الإجارة بموت أحد المتعاقدين لها، فإن كان ذلك قبل الانتفاع [بما وقع به الصلح]، رجع المدّعي علىٰ دعواه، وإن كان المدعي قد انتفع بما وقع به الصلح نصف المدة أو ثلثها أو ربعها، بطل من حقوق دعوىٰ المدعي قدر ذلك، ورجع علىٰ دعواه فيما بقي.

وكذلك لو تلف ما وقع به الصلح، فكان عبدًا فمات، أو دابة فنفقت، أو دارًا أو أرضًا فغرقت، أو كان بناء فانهدم، فهو مثل ذلك ينتقض الصلح في ذلك كله؛ وذلك لما بيّنا أن العقد معتبر بالإجارة، فيبطل بموت أحد المتعاقدين، كما تبطل الإجارة، فإذا بطل بهلاك العين التي تستوفي المنفعة منها كما تبطل الإجارة، وإذا بطل العقد قبل الانتفاع فوجب الرجوع بما في مقابلته.

فإن كان الصلح عن إقراره رجع بحقه، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوىٰ، وكذلك إن استوفىٰ بعض المنافع ثم انتقض العقد رجع ببقية حقه إن كان عن إقرار، وبقدر ذلك من الدعوىٰ إن كان عن إنكار.

قال: ولا يعتبر ما وقع عليه الصلح معلومًا كان أو مجهولاً، مُقِرًّا كان أو مجحودًا؛ وذلك لأن المدّعي لا يفتقر إلىٰ التسليم والجهالة، إنما كان يمنع التسليم، فما كان مسلمًا لم يعتبر كونه معلومًا، فأما المصالح به فيفتقر إلىٰ

(١) في أ (والدنانير) والمثبت من ل.



التسليم، والجهالة تؤثر فيه.

ولهذا قالوا: لو ادَّعَىٰ كل واحد من المتخاصمين حقًا علىٰ [الآخر] وتجاحدا، ثم اصطلحا علىٰ أن يجعل ما ادعاه هذا صلحًا عمّا ادعاه الآخر، جاز، وإن [كان] كل واحد من الدعويين مجهولة؛ لأن كل واحد منهما لا يفتقر [إلىٰ التسليم] فالجهالة لا تؤثر فيه.

قال: ولو كان الصلح وقع علىٰ خدمة عبدٍ سَنَةً، فقُتِلَ العبدُ خطأً، [فغرم القاتل][1] من قيمته، فإن شاء صاحب الخدمة: اشترىٰ له [بها] عبدًا يخدمه باقي المدة، وإن شاء ترك ذلك، وكان علىٰ دعواه.

وقال محمد: إذا قُتِلَ العبد، أو انهدم البيت، انتقض الصلح.

لأبي يوسف: أن المنافع ليسَ في مقابلتها مال مستقر، فصارت كالمنافع الموصىٰ بها.

وقد قالوا فيمن أوصىٰ لرجل بخدمة عبد فقتله قاتل: اشترىٰ بقيمته عبدًا آخر لخدمة الموصىٰ له، فكذلك هذا.

فإن قيل: إذا كان عند أبي يوسف أن هذا معتبر بالوصية، فلم جوّز للمصالح إجارة العبد، وهلّا [منع الإجارة][2] كما يمنع الموصىٰ له بالخدمة.

قيل له: إن هذا العقد لما كان فرعًا لكل العقود اعتبره أبو يوسف، وإذا قتل العبد بالوصايا لتصحيحه، واعتبره بالإجارات إذا آجر العبد ليصح العقد في الوجهين.

(١) في أ (يغرم القليل) والمثبت من ل.
(٢) في أ (منعه) والمثبت من ل.

وكان أبو علي الشاشي يقول: إن المنافع ليس في مقابلتها مال مستقر، إلا أنها مأخوذة على طريق العوض، فصارت كالعبد الذي تزوجت عليه المرأة أو خالعت به، فإذا قتل لم ينتقض العقد، وإذا آجرت جازت الإجارة.

وجه قول محمد: أنه عقد على منافع بعوض فيبطل بالموت كالإجارة، ولهذا جوز للمصالح أن يؤاجر العبد كما للمستأجر أن يؤاجره.

قال: وكذلك لو هدم البيت رجل، أو انهدم من غير ذلك، فقال صاحب البيت: أنا [أبنيه][1] لك، فإن صاحب السكنى بالخيار: إن شاء رضي بذلك، وإن شاء [كان] على حجته، وهذا على قول محمد[2] اعتبارًا بالإجارة؛ لأن انهدام البيت لا يوجب بطلان العقد؛ لأن [المنفعة][3] باقية يمكن الانتفاع بها، وإنما ثبت الخيار للمستأجر بين الرضا بالصبر حتى يبني البيت، وبين [الفسخ][4]، فكذلك في الصلح.

قال: ولو كان عبدًا فأعتقه المصالح [عنه]، جاز عتقه وكان صاحب الخدمة على حجته، وكذلك لو قتله، وهذا على أصل محمد.

فأما على قول أبي يوسف: فيلزم القيمة [حتى] يشتري بها عبدًا آخر، كما لو قتل الوارثُ العبدَ الموصى بخدمته، وإنما جاز العتق؛ لأن العبد على ملكه، وإن ثبت لغيره فيه حق كالمرهون والمؤجر.

(١) في أ (بنيته) والمثبت من ل.
(٢) في ل (أبي حنيفة).
(٣) في أ (النفقة) والمثبت من ل.
(٤) في أ (القسم) والمثبت من ل.

قال: وإن أعتقه صاحب الخدمة لم يجز عتقه؛ لأنه لا يملكه، وقد قال ﷺ: «**لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم**»[١].

قال: ولو قتله كان القول فيه كالقول في العبد المقتول؛ لأن الضمان يجب عليه بالقتل؛ لأنه أتلف ملك غيره، فتقوم القيمة [فيه] مقام العبد، ويشتري بها عبدًا آخر على قول أبي يوسف.

قال: ولو أنّ ربّ العبد ورب البيت باع العبد والبيت، لم يجز ذلك؛ لأن حق المصالح متعلق بالمنفعة، فيمنع ذلك من التسليم، وتعذر التسليم يمنع من جواز البيع.

قال: ولصاحب الخدمة أن يخرج بالعبد من المصر إلى أهله، وقد ذكر في الإجارة: أن من استأجر عبدًا ليخدمه لم يجز[٢] أن يخرج به من المصر؛ لأن خدمة السفر مخالفة لخدمة الحضر.

وكان أبو بكر الرازي يقول: [إنّ] مسألة الصلح محمولة على أن المدعي كان يتأهب للسفر ويخاصم، فصالح على الخدمة، فيصير ذلك دلالة على أن [ربّ] العبد رضي بإخراجه، وكأنه شرط ذلك.

وكان غيره من أصحابنا يقول: إن المستأجر ليس له أن يخرج بالعبد؛ لأن رد العبد المستأجر على المؤجر، فلو جوّزنا للمستأجر السفر به، لجاز أن يلزم المؤجر أضعاف ما أخذه من الأجرة على ردّه؛ فلذلك لم يجز السفر به.

---

(١) أخرجه «أبو داود والترمذي من حديث عمرو بن شعب...» كما في الدراية، ٢/٨٥.

(٢) في ل (يجبر).



ولهذا قالوا: إن المرتهن يسافر بالعبد ؛ لأن رده عليه على الراهن ، فلا يؤدي السفر به إلى التزام غرم لم يرض به.

قال: وللعبد المصالح بخدمته ليس في مقابلة الخدمة مال مستقر ، فهو في حكم المرتهن ؛ فلذلك جوّزوا السفر به.

قال: وله أن يؤاجر العبد ، وهذا ظاهر على أصل محمد ؛ لأنه يعتبره بالإجارة ، وأما أبو يوسف فكان ينبغي أن لا يُجَوِّز ذلك ، اعتبارًا بالوصايا ، وقد بيّنا ما نفرق به بينهما.

قال: وإذا ادعى رجل على رجل دارًا في يديه ، فأنكر الدعوى ثمّ صالحه على أن يسكن [الدار] التي في يديه سنة ، ثم يدفعها إلى المُدَّعِيْ ، فهذا جائز.

وكذلك لو كانت أرضًا فصالحه المدعي على أن يزرعها الذي هي في يديه خمس سنين على أن رقبتها للذي ليست في يديه ، فإن هذا جائز ؛ وذلك لأن في زعم المدعي بأنه مالك لهذه الأرض والدار ، وإذا بذل منافعها لصاحب اليد ، فقد رضي بإسقاط حقه عن بعض ما ادعى ، وهو المنافع في المدة المشروطة ، وأخذ بقية حقه ، وذلك جائز.

فأما في حق صاحب اليد فهو مشكل ؛ لأنه يزعم أنه مالك للدار والأرض ، وأنه يستوفي منافعها بحق ملكه ، ثم قد شرط إزالة ملكه عنها بعد استيفاء المنافع ، وذلك تعليق للملك بخطر ، فلا يَصِحُّ.

ويجوز أن يقال: إن الأمر محمول على أن صاحَب اليد سلم الملك إلى المدّعي افتداءً للخصومة ، وبَقّى المنافع في المدة المشروطة على ملكه ، لم يزل

ملكه عنها، ويجوز أن يفتدي [عنه][1] بتسليم الدار بمنافعها، فكذلك يجوز تسليم الدار دون المنفعة. [٤٢٣/ب]

ولا يقال: فكيف يصح أن ينتقل الملك في دار إلا منافعها؟

قلنا: يجوز إذا كانت المنفعة معلومة المدة، كمن آجر دارًا، ثم باعها والمستأجر يعلم.

قال: وإذا صالح رجل رجلاً من دعواه في عين أو دين[2] على مَسِيْل أو على شِرْبِ يوم من هذا النهر، على أنه لا حق فيه في رقبة النهر، أو على أن يحمل كذا وكذا أجذعًا على هذا الحائط، وعلى مسيل ميزابه في داره أيامًا معلومة، فإن هذا فاسد لا يجوز؛ وذلك لأن المسيل مجهول، ألا ترى أنه لا يعلم مقدار ما يسيل في الأرض من الماء، والشرب مجهول؛ لأنه إذا لم يعقد على ملك نفس الشرب، فالعقد على الماء، وذلك مجهول، وكذلك مسيل الميزاب؛ لأنه يختلف بقلة الماء وكثرته، وأما حمل الجذوع على الحائط، فلا يجوز أن يستحق بالعقود؛ لأنه إجارة بقعة لا يمكن سكناها، فلم يجز الصلح[3] عليه.

قال أبو الحسن: وكل صلح وقع بمجهول أو بما لا يجوز بيعه أو الشراء به، فإن الصلح فاسد؛ لما بيّنا أن ما يقع الصلح به معتبر بالبيع[4]، فلا يجوز العقد عليه مع الجهالة[5].

---

(١) في أ (يمينه) والمثبت من ل.
(٢) في ل (أو أرش) بدل (أو دين) في أ.
(٣) في ل (فلم يصح).
(٤) في ل (بالمنافع).
(٥) انظر: الأصل ١٠/٥٨٥، ١١/١٢٨ وما بعدها.



بَابُ
الرجلِ يتبرع بالصلح عن المدعى عليه

قال: وإذا ادعىٰ رجل في دار في يد رجل دعوىٰ في أرضه، وصالحه [عنه] أجنبي بأمره أو بغير أمره بإنكار أو بإقرار، أو بغير إقرار ولا إنكار، فإن ذلك جائز.

أمّا إذا صالح بأمر المطلوب فهو وكيله في الصلح، وعقده لعقد الموكل، فكما جاز للمطلوب أن يصالح، فكذلك توكيله.

وأما إذا صالح بغير أمره، فقد تبرّع بإسقاط الحق عن المطلوب، والإنسان يجوز أن يتبرع بإسقاط حق غيره، كما يتبرع بقضاء دينه، وكما لو تبرع ببذل ما للزوج ليخلع امرأته، أو للمولىٰ حتىٰ يعتق عبده، أو للولي حتىٰ يعفو عن القاتل، جاز في جميع ذلك؛ لأنه تبرع بإسقاط الحق عن الغير، وكذلك في مسألتنا.

ويستوي فيه الإقرار والإنكار؛ لأنه إن كان مُقِرًّا فقد تبرع بإسقاط الدين[1]، وإن كان منكرًا فقد تبرع بإسقاط الخصومة، وكل واحد من الأمرين يجوز للمطلوب فعله، وكذلك يجوز للمتبرع عنه.

قال: ولا يكون من حق المدعي للمصالح شيء، إنما يكون ذلك للذي في يده الدار؛ لأن المصالح لم يبع الحق المدعىٰ، وإنما صالح عن المطلوب، وذلك يفيد إسقاط الحق دون نقل الملك، فكان الحق المدعىٰ للمطلوب خاصة.

(١) في ل (الدم).

قال: ولا يكون على المصالح من المال الذي صالح عليه شيء إلا أن يضمن ذلك للذي صالحه، وهذا على وجوه:

إن صالح على مال مطلق، فالصلح موقوف، فإن أجازه المطلوب جاز، ولزمه المال، وإن رده بطل ذلك؛ [وذلك] لأن العاقد قد تبرع بالعقد ولم يتبرع بالمال، فلا يجوز أن يلزمه زيادة على مال التزمه، وسقوط الحق موقوفٌ على سلامة المال للطالب، فإذا أجاز المطلوب لزمه المال، وإن كان العاقد صالح بأمره، فيتم العقد بسلامة العوض للمدّعي، وإن لم يجز فلم يسلم العوض فبطل العقد.

والوجه الثاني: أن يقول صالحتك من دعواي على فلان على ألف دينار، على أني ضامن لها، فتم العقد، ويلزمه الضمان؛ وذلك لأن العقد وإن لم يوجب الضمان عليه، فضمانه للمال يلزمه ذلك، ويسلم[1] العوض بضمانه للمدعي، فيتم العقد.

ولا يقال: كيف يصح ضمانه والعقد لا يوجب الضمان عليه؟

قلنا: هو متبرع بالعقد، متبرع بالضمان وإن لم يلزمه بالعقد، كالوكيل بالنكاح إذا ضمن المهر.

والوجه الثالث: أن يقول: صالحتك على ألفِيْ هذه، أو على عبدي هذا، فيتم العقد، ويلزمه التسليم؛ لأن إضافة المال المعقود عليه إلى نفسه يقتضي التزامه لتسليمه وإتمام العقد به، لولا ذلك لم يكن لإضافته إلى نفسه معنى، وإذا

(١) في ل (ولم يسلم).

لزمه التسليم فتم العقد.

والوجه الرابع: أن يقول: صالحتك على هذه الألف، أو هذا العبد، ويُسَلِّم ذلك من غير ضمان، فيتم العقد؛ لأن التسليم يوجب سلامة العوض للمدعي، وإذا سلم له العوض وهو مقصوده في العقد صَحَّ العقد.

قال: فإن كان إنما صالحه على عبد بعينه، فوجد به عيبًا أو استحق لم يكن لصاحب الدعوى على المصالح شيء، فكان المدعي على دعواه في الدار، وكذلك كل عوض صالحه عليه؛ لما بيّنا أن العاقد للصلح بغير أمر المطلوب متبرع بالعقد، وإنما يلزمه الضمان بالتزامه، ولم يضمن في مسألتنا، وإنما تبرع ببذل العين من غير ضمان، فإن سلمت تم الصلح، وإن استحقت لم يجب أن يلزمه عوضها؛ [لأنه لم يتبرع بغيرها، وكذلك إذا وجد بها عيبًا]؛ لأنه لم يرض أن يلتزم إلا العين، فلو ألزمناه نقصان العيب لألزمناه ما لم يلتزمه، إلا أن المدعي يرجع بدعواه؛ لأن البدل متى استحق لم يسلم له عوض مقصود، وكذلك إن رَدَّهُ بعيب، وإذا تم ما يسلم له الفسخ للعقد وعاد بدعواه.

قال: ولو صالح على دراهم مسمّاة وضمنها، فدفعها إليه، فاستحقت، أو وجد فيها زيوفًا، أو ستوقة، فله أن يرجع بذلك على الذي صالحه دون الذي في يده الدار؛ لأن إطلاق الدراهم يقتضي الجياد، وضمانه لها يوجب عليه التسليم، فإذا استحقت فلم يوجد التسليم فكان عليه العوض عنها، وكذلك إن ردت عليه بعيب.

قال: ولو صالحه على دراهم وضمنها، ثم قال: لا أدفعها إليك، أجبرته على أن يؤديها إليه؛ وذلك لأنه التزمها بالضمان، فلزمه تسليمها كما يلزمه سائر

الأموال الواجبة بالعقود.

قال: ولو أن رجلاً في يديه دار، فادّعىٰ فيها رجل حقًا، فصالحه الذي في يديه الدار علىٰ دراهم مسمّاة ودفع إليه الدراهم، ثم إن الدار استحقت، كان له أن يرجع بدراهمه.

قال: ولو كان صالح عنه غيره، رجع بدراهم ذلك الرجل؛ لأنه هو الذي أدّاها؛ وذلك لأن استحقاق الدار تبين له أنه لا حق للمدعي، فقد أخذ العوض من غير حق، فوجب أن يرجع به.

وأما إن صالح عنه رجل متبرع ثم استحقت الدار، رجع المتبرع بما أعطىٰ؛ لأنه إنما تبرع ليسقط الحق عن المطلوب، فإن بان أن لا حق عليه، وجب أن يرجع بما أعطىٰ، وليس للمطلوب أن يرجع بشيء؛ لأن الصلح ينفسخ بالاستحقاق، فكأنه لم يكن، ويعود المال إلىٰ الذي تبرع به؛ لأنه لا يملكه المطلوب.

قال: ولو لم يستحق الدار، ولكن استحق بعضها، نصفها أو ثلثها أو ربعها، لم يرجع علىٰ المدعي بشيء، وكذلك لو استحق منها ثلث معلوم؛ لأني لا أدري لعل [أن يكون] دعواه فيما بقي دون ما استحق، وهذا علىٰ وجهين:

إن كان ادّعىٰ حقًا في الدار غير معين فصالحه عنه، ثم استحق بعض الدار، لم ينقض الصلح علىٰ ما ذكرت؛ لأنه يجوز أن يكون الحق ما بقي في الدار، فلم يجز فسخ الصلح بالشك.

وأما إن ادعىٰ جميع الدار، فصالحه من دعواه، ثم استحق بعضها، رجع

بحصة المستحق ؛ لأنه لم يبذل العوض إلا ليسلم له الدار ، ولم يسلم [٤٢٤/أ] إلا بعضها ، فيرجع بقدر ذلك .

وقال في باب آخر : إذا كان لرجل على رجل دين ألف درهم ، والمطلوب يقِرُّ به أو ينكره ، فصالحه عنه رجل بغير أمره على مائة درهم ، حالٍّ أو إلى أجل ، ثم إن المصالح أبى أن يدفع المال ، وأراد الطالب أخذ المال من المصالح ، ولم يضمن له شيئًا ، فإنه لا يلزم من ذلك شيء ، وإنما المصالح هاهنا طالب المعروف ، وهذا على ما بيّنا أن عقد الصلح لا يوجب الضمان على المتبرع ، إلا أن يضمن ذلك .

قال : وإن كان المصالح صالح الطالب بأمر المدعى عليه ، فالصلح جائز إذا كان المدعى عليه مقرًا بالحق ، ويلزم المدعي قبله الصلح ، وإن كان جاحدًا للحق ولم يأمر بالصلح لم يلزمه شيء ، إلا أن يجيز الصلح أو يضمن المصالح .

وهذا على ما قدمناه : أنه إذا صالح عنه بأمره فكأنه عقد الصلح بنفسه ، فيلزمه الضمان دون الوكيل ؛ لأن حقوق عقد الصلح لا تتعلق بالعاقد .

وإن كان الصلح بغير أمره لم يضمن العاقد ، ووقف على إجازته .

وبقيّة الباب مبنيّة على ما قدمنا .



بَابٌ
الرجل يصالح على بعض دينهِ على أن يعطي الباقي منه إلى وقتٍ

قال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فقال له: أصالحك على أن أحطَّ عنك خمسمائة، على أن تعطيني اليومَ خمسمائة، فصالحه على ذلك، فإن أبا حنيفة ومحمدًا قالا: إن أعطاه خمسمائة في ذلك اليوم برئ من الخمسمائة الأخرى، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم انتقض الصلح، وكان عليه ألف.

وقال أبو يوسف: إنما عليه خمسمائة، وهو بريء من الخمسمائة.

وإن قال له: أصالحك على خمسمائة تعجلها اليوم، فإن لم تعجلها فالألف عليك، فلم يعجل له، يبطل الصلح، وكان عليه الألف في قولهم.

قال: والأصل في ذلك: أن الخمسمائة التي شرط تعجيلها مستحقة بعقد المداينة، فهو إنما شرط أخذ بعض حقه وإبراء عن باقيه، وجعل ترك التعجيل شرطًا في فسخ البراءة، والصلح من العقود المحتملة بشرط الخيار كالبيع.

وقد قالوا ـ فيمن قال: أبيعك هذا العبد بألف على أن تعجلها اليوم، فإن لم تعجلها فلا بيع بيننا ـ: إنّ البيع جائز، وجعل ترك التعجيل شرطًا في الفسخ، فالفسخ يتعلق بالشروط، وكذلك في مسألتنا، ولا يجوز أن يكون تعجيل الخمسمائة شرطًا في البراءة في الباقي؛ لأن براءة [صاحب] الأصل لا تتعلق بالشروط.

فأما إذا لم يقل: فإن لم تعجلها فلي الألف؛ فوجه قول أبي حنيفة ومحمد:

أن شرط تعجيل الخمسمائة لا معنىٰ له ، وهي مستحقة قبل الشرط ، إلا أن يكون جعل الفسخ متعلقًا بترك التعجيل ، فكأنه قال: علىٰ أنك إن لم تعجلها فلا صلح بيننا.

لأبي يوسف: أنه صلح عن عوض بشرط تعجيله ، فإذا لم يقع الوفاء بالتعجيل لم ينفسخ ، إلا أن يكون شَرَطَ الفسخ ، كمن قال: بعتك هذا العبد بألف علىٰ أن تعجلها لي اليوم.

قال محمد: إن صالحه علىٰ أن يعطيه خمسمائة إلىٰ شهر ، علىٰ أن يحطَّ عنه خمسمائة الساعة ، وإلا فإن لم يعطه إلىٰ شهر فعليه ألف ، فهو كما شرط ؛ وذلك لأنه أبرأه في الحال وجعل ترك الدفع في الشهر شرطًا في الفسخ ، فإذا لم يعجل في الشهر انفسخ العقد ، وهذا ظاهر علىٰ أصل محمد ؛ لأن من أصله أن الخيار يجوز أن يشرط أكثر من ثلاثة أيام.

قال: فإن أخذ منه كفيلاً وشرط علىٰ الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلىٰ رأس الشهر ، فعليه الألف فهو جائز ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفّه خمسمائة إلىٰ رأس الشهر ، فعليه الألف ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه ؛ وذلك لأنه تكفل بخمسمائة في الحال ، وخمسمائة متعلقة بالشرط ، وهو تأخير الأداء ، فإذا حصل الشرط وجب الألف.

قال: ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال: قد حططت عنك خمسمائة علىٰ أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليك ، فهذا أوثق من الباب الأول ؛ لأن هاهنا ضمن جميع الألف في الحالّ ، ثم حَطَّ عنه خمسمائة ،

[وجعل] (١)ترك التعجيل في الباقي شرطًا في فسخ البراءة ، فهو أوثق ؛ لأنه ليس فيه إيجاب متعلق بالشرط .

قال: وكذلك لو جعلها نجومًا بكفيل ، أو غير كفيل ، وقال: إن (٢)لم توافني كل نجم عند محله فالمال حال عليك ، وما حططت عنك فهو عليك ، فإن أبا حنيفة ومحمدًا قالا: هذا جائز على ما (اشترط ، وكذلك قال أبو يوسف ؛ وذلك لأنه جعل ترك التعجيل في النجوم) (٣)شرطًا في فسخ البراءة ، وقد بيّنا أن الفسخ على هذا الوجه يجوز أن يتعلق بالشرط .

قال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم ، فقال متى أديت إِلَيَّ خمسمائة منها فأنت بريء عن الباقي ، فأدّى إليه خمسمائة ، فأبى الطالب أن يفي له بذلك [الشرط] ، فإن أبا حنيفة قال: له ذلك ، ولا يبرأ مما بقي .

وكذلك لو قال: قد صالحتك على أنك متى أديت إليّ خمسمائة (فأنت بريء عن الباقي ، فأدّى إليه خمسمائة ، فأبى الطالب أن يفي له بذلك ، فإن أبا حنيفة قال: له ذلك ، ولا يَبْرَأ مما بقي .

وكذلك لو قال: قد صالحتك على أنك متى أديت إلي خمسمائة ، فأنت بريء من خمسمائة) (٤)، فهذا باب واحد ، ذكر فيه الصلح أو لم يذكر فيه صلحًا ؛ لأن هذه براءة متعلقة بشرط ، وبراءة صاحب الأصل لا يجوز تعليقها بالشروط ؛

---

(١) في أ (وكفل) والمثبت من ل .

(٢) وفي ل (على أن توفيني كل نجم) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ل .

لأن فيها معنى التمليك، ألا ترى أنها تبطل بالرد، كما يبطل به التمليك، وما فيه معنى التمليك لا يجوز تعليقه بالشروط.

قال: وأهل الذمة وأهل الإسلام في ذلك سواء؛ لأنهم محمولون على حكم الإسلام إلا ما استُثْنِيَ لهم بعقد الأمان.

قال: وكذلك كل ذي رَحِم مَحْرَم يقول هذه المقالة، وكذلك المرأة تقول لزوجها هذه المقالة في مهرها؛ لأن العقود لا تختلفُ بالقريب والبعيد، فأحكامها في الجميع سواء.

قال: وكذلك الرجل يقول هذه المقالة لمكاتبه: إذا أديت إلي خمسمائة فأنت بريء مما بقي من مكاتبتك صلحًا، قال ذلك، أو غير صلح، ثم أبى أن يفي له بعدما أدى، [فذلك له][1]، ولا تجوز البراءة.

ولو قال: إذا أديت إلي خمسمائة فأنت حُرٌّ، فأدّى إليه خمسمائة عتق؛ وذلك لأن مال الكتابة دين للمولى، فإذا علق البراءة من بعضه بشرط، لم يجز لما في ذلك من معنى التمليك، وليس كذلك إذا قال له: إذا أديت إليّ خمسمائة فأنت حُرٌّ؛ لأن هذا عتق معلق بشرط، والبراءة المتعلقة [بالعتق] من طريق الحكم لا تشترط به. [والله أعلم][2].



(١) في ل (فذلك كله لازم).

(٢) انظر: الأصل ١١/٥٠ وما بعدها.



بَابُ
الصلحِ من العيوبِ

[٤٢٤/ب] قال: وإذا اشترىٰ الرجل من الرجل عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم وجد بالعبد عيبًا، فخاصم البائعَ فيه، فصالح المشتري من العيب علىٰ شيء دفعه إليه أو حطّ عنه من ثمنه شيئًا، فإن كان العبد يجوز رده علىٰ البائع، أو له المطالبة بأرش عيبه دون ردّه، فالصلح جائز؛ فإن كان العبد قد صار في حال لا يجوز للمشتري ردّه ولا المطالبة بأرش عيبه، فالصلح باطل لا يجوز؛ لأنه لا خصومة له قِبَلَ البائع ولا حق؛ وذلك لأن حق الرد إذا ثبت للمشتري فصالح، فهذا إسقاط حق [يفضي][1] إلىٰ مال بعوض، فيجوز كالصلح من دم العمد.

وأما إذا أسقط الرد فحقه إنما هو الأرش، فإذا صالح عنه فقد صالح عن مال المدعي علىٰ مال، فيجوز.

وأما إذا كان المبيع لا يقدر علىٰ رده ولا يجوز المطالبة بأرشه، فالصلح باطل، وهذا مثل أن يكون المشتري قد باع العبد وأخرجه من ملكه، أو قتله؛ وذلك لأنه لا يثبت له الخصومة هاهنا في الرد، ولا في الأرش، فإذا صالح فقد صالح عن غير حق، فلا يجوز صلحه.

قال: وإذا ظهر المشتري علىٰ عيب بما اشتراه، فصالح البائع علىٰ دراهم أخذها منه، أو علىٰ غير ذلك، أو علىٰ أن يحط البائع عنه بعض الثمن ثم زال

(١) في أ (بعض) والمثبت من ل، م.

ذلك [العيب بأن][1] كان بياضًا في العين فذهب، أو حبلاً ظهر [بالجارية، ثُمَّ][2] تبيّن أنه كان ريحًا فتفشّىٰ، فإن البائع يرجع علىٰ المشتري بما أخذ منه، وبما حط عنه من الثمن؛ وذلك لأن العيب إذا زال سلم [المبيع][3] للمشتري من غير نقص، وهو إنما أخذ العوض عن النقص، فثبت[4] أنه أخذ عوضًا عن غير معوض، فوجب رده.

قال: وهذا في كل بيع يجوز التفاضل فيه بين المبيع وبين ثمنه، وإن كان بيعًا لا يجوز التفاضل فيه، فإنه لا يرجع بأرش عيب ولا يحط أحدهما عن صاحبه شيئًا.

وهذا مثل أن يبيع ما فيه الربا بجنسه، ولو حَطَّ لأجل العيب[5] أو صالح علىٰ شيء، صار العوض ما بقي، فيؤدي ذلك إلىٰ الربا.

قال: وإذا ظهر[6] المشتري بعيب فصالحه البائع علىٰ إن أبرأه من ذلك العيب ومن كل عيب، فهو جائز، ولو لم يظفر المشتري بعيبٍ فصالحه، ولكن البائع خاف [اطلاع] المشتري علىٰ ذلك، فصالحه من كل عيب علىٰ شيء دفعه [إليه]، فالصلح جائز؛ لأن عقد البيع [سبب] لثبوت الخصومة في العيب، فإذا صالح بعد العقد من العيوب، فقد صالح عند وجود السبب الحق، وإسقاط الحقوق عند وجود أسبابها جائز.

قال: وإن صالحه من ضرب من العيوب، فقال: صالحتك من الشجاج أو

---

(١) الزيادة من ل، م.
(٢) في أ (بجارية لم) والمثبت من ل.
(٣) في أ (العبد) والمثبت من ل، م.
(٤) في ل، م (فتبيّنا).
(٥) في م (البيع).
(٦) في ل (ظفر).



القروح أو الشَّمط، فهو جائز، وهو بريء من ذلك الصنف خاصة، فإن ظهر عيب غيره كان له أن يخاصم فيه؛ لأنا قد بيّنا أن الصلح يجوز من كل العيوب، فإذا صالح من نوع منها فهو أقل جهالة، فأولىٰ أن يجوز.

قال: ولو اشترىٰ شيئًا من امرأة فظهر علىٰ عيب، فصالحته من ذلك أن تزوجته، كان النكاح جائزًا، وكان هذا إقرارًا منها بالعيب، فإن كان أرش العيب تبلغ عشرة دراهم فهو مهرها، وإن كان أقل من ذلك أكمل لها عشرة؛ وذلك لأن العيب يجوز الصلح منه علىٰ مال علىٰ ما بيّنا، فإذا تزوجت عليه فقد جعلت الأرش مهرًا، وذلك مال من الأموال، فيجوز تسميته في العقد.

وإنما جعل التزويج إقرارًا بالعيب؛ لأنه عقد معاوضة، فلما دخل البائع فيه كان ذلك إقرارًا منه بحصول العوض.

وكذلك لو اشترىٰ شيئًا بأرش العيب، كان إقرارًا بالعيب؛ لأن عقد الشراء يقتضي ثبوت العوضين، فالدخول فيه اعتراف بثبوتها، وليس هذا كالصلح؛ لأنه ليس بمعاوضة، وإنما هو من عقود [التبرع][1]، فلا يتضمن الاعتراف، وإنما يتضمن إسقاط الحق.

ولا يقال: هلا جعلتم العيب كدم العمد إذا تزوجت عليه أن القصاص يسقط، ويجب [لها] المال[2]؛ لأن القصاص حق ليس بمال، فلا يجوز أن يكون مهرًا، والعيب حق هو مال، ألا ترىٰ أنه نقصان جزء من المبيع، والمال يجوز أن يكون مهرًا، وإنما قال إنه يكمل لها عشرة؛ لأن الأرش متىٰ كان أقل من عشرة فذلك لا يجوز أن يكون مهرًا، فتسميته تسمية العشرة عندنا، فلذلك لزم إتمامها.

---

(١) في أ (البيوع) والمثبت من ل، م.

(٢) في ل (ويجب لها مهر المثل).

قال: وإذا اشترىٰ الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة، فقبضهما، ووجد بأحدهما عيبًا، فصالحه علىٰ أن يَردّه بالعيب إن زاده في ثمن الآخر درهمًا، فالرد جائز وزيادة الدرهم باطلة في قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي قول أبي يوسف: لا يجوز شيء من ذلك؛ وذلك لأن الرد مستحق، فإذا صالحه علىٰ أن يزيده في الآخر إذا قبل المعيب، فقد علق الزيادة بشرط الرد، والزيادة عوض، فلا يجوز أن يتعلق بالشرط؛ إلا أن الرد جائز؛ لأنه مستحق، فوقع عن مستحقه، ولأنه [لا][1] يفتقر إلىٰ عوض، فبطلان العوض فيه لا يوجب بطلانه، كالطلاق.

وأما أبو يوسف فقال: إنه جعل استحقاق الدراهم شرطًا في الفسخ، فإذا لم يسلم بطل الفسخ، وهذا علىٰ أصله: أن الإقالة بيع في [حقهما][2]، فإذا علقت بشرط لم يسلم بطلت.

فأما علىٰ قول أبي حنيفة: فهي فسخ، فلا يبطلها الشرط.

قال: وكل ما يثبت لك أن الصلح لا يجوز به في الأموال أو في الحقوق المدّعاة منها، فإنه لا يجوز أيضًا في الصلح من العيب، وما جاز في دعاوي الأموال ودعاوي الحقوق [فيه] فهو جائز في العيوب، وهذا صحيح؛ لأن العيب [إما أن] يقتضي الرد، [فالصلح صلح علىٰ حق، أو لا يقتضي الرد][3]، فهو يوجب النقصان، وذلك مال؛ فلذلك اعتبره بالصلح عن الحقوق والأموال[4].

(١) الزيادة من ل، م.
(٢) في أ (حقها) والمثبت من ل، م.
(٣) الزيادة من ل، م.
(٤) انظر: الأصل ١٠/٥٨٧ وما بعدها، ١١/١٧٠، ١٧١.

بَابُ
صلح الوالد على ولدِه

قال: وإذا ادّعىٰ رجل علىٰ صبيّ دعوىٰ في شيء من ملكه أو في يَده، كائنًا ما كان، فصالحَ أبو الصبي المدعي من دعواه علىٰ مال الصبي، فإن كان للمدعي بينة فما أعطىٰ الأب (من مال الصبي مثل الحق أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز.

وإن لم يكن له بينة لم يجز الصلح علىٰ الصبي في ماله؛ وذلك لأن المدّعي إذا كانت له بينة فالحق مستحق للمدعي، ويجوز أن يكون دفع العوض عنه أنفع للصبي من دفعه، والأب غير متهم عليه؛ فلذلك جاز صلحه عنه بمثل القيمة أو بزيادة يتغابن[١] في مثلها؛ لأن ذلك يدخل بين [تقويم المقومين][٢]، فلا تتعين[٣] الزيادة، وإن كانت الزيادة كثيرة فكأنه اشترىٰ ذلك الحق)[٤] علىٰ وجه المغابنة، فلا يجوز في حق الصبي.

وأما إذا لم يكن للمدعي بينة لم يجز الصلح من مال الصبي؛ لأن الأب يبذل ماله من غير شيء، ألا ترىٰ أن المدعي لا يستحق أكثر من اليمين[٥]، والصبي لا يستحلف، فلا يجوز أن يبذل ماله بغير شيء في مقابلته.

قال: وإن كان الأب صالح من مال نفسه فهو جائز؛ لأنه متبرع بإسقاط الحق

---

(١) في م (بزيادة يسيرة).
(٢) في أ (التقويمين) والمثبت من م.
(٣) في م (تتيقن).
(٤) ما بين القوسين ساقطة من ل.
(٥) في ل (الثمن).

عن ابنه، [ببذل ماله من غير شيء في مقابلته][1]، فجاز ذلك في جميع الوجوه.

وأما إذا ادّعىٰ الأب للصبي حقًا فصالح منه، فهو علىٰ وجهين: إن كانت له بينة جاز صلحه.

[٤٢٥/أ] وإذا أخذ مثل القيمة أو نقصانًا يسيرًا؛ لأنّ الحق يثبت للصبي، ويجوز أن يكون أَخْذ العوض أنفع له، والأب غير متّهمٍ عليه، فكأنّه باع، فيجوز بيعه بمثل القيمة أو بنقصانٍ يسير.

وأما إذا لم يكن له بيّنةٌ جاز صلحه بالقليل والكثير؛ لأنّه ليس في يده أكثر من استحلاف المُدّعىٰ [عليه]، ولا فائدة للصبيّ في ذلك، فإذا أخذ [عنه][2] عوضًا كان قليلاً أو كثيرًا جاز.

قال: ولا يجوز صلح أحدٍ علىٰ الصغير إلا أبٌ، أو جدٌّ أبو الأب، [إذا لم يكن أبٌ]، ولا وصيّ الأب، [أو وصيّ الجدّ] إذا لم يكن [الجدّ][3].

وكلّ من لا يجوز بيعه علىٰ الصبي ولا شراؤه، فإنّ صلحه لا يجوز عليه؛ وذلك لأنّ صلحه عقدٌ من العقود ولا يملكه في حقّه إلا من له ولايةٌ عليه، وهذا إذا صالحوا بماله، وأمّا إذا تبرّعوا بأموالهم فالصلح جائزٌ في حقّ الصغير كما يجوز في حقّ الكبير.

قال: ولا يجوز حطّ الأب من مال الصغير علىٰ رجلٍ وإبراؤه منه علىٰ وجه الصلح ولا غيره، وهذا إذا لم يكن ولي العقد؛ لأنّه يسقط حقًا للصغير من غير

(١) الزيادة من ل، م.
(٢) في أ (ثمنه)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٣) في أ (الأب أو وصيه)، والمثبت من ب، وهو أوضح في السياق.



عوضٍ، وذلك تبرعٌ، ولا يجوز في حقّه، وأمّا إذا كان الأبُ هو الذي وَلِيَ العقد فحطّه وإبراؤه جائزٌ [منه على وجهٍ]، ويضمن عند أبي حنيفة ومحمدٍ، كما يجوز حطّ الوكيل، ولا يجوز عند أبي يوسف[1]، وقد بيّنا [ذلك] في الوكالة.

قال: وكذلك حقوق الصغير لا يجوز البراءة منها إلا في الشُّفعَة، فإنّ تسليم الأب على ابنه الصغير جائز، وكذلك سكوته عن المطالبة بها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمدٌ وزفر: لا يجوز، وقد مضت هذه المسألة في كتاب الشُّفعَة.

قال: وصلح الوصيّ على اليتيم مثل صلح الأب عليه؛ لأنّه قام مقام الأب فعقده كعقد الأب[2].

قال: ولا يجوزُ صلح أحدٍ على حَمْلٍ، أباً كان المصالِح أو غيره، وإن وُلِد بعد ذلك حيًّا ورث، وجازت له الوصايا؛ وذلك لأنّ الحمل لا يُعلَم حياته، وكذلك لا يكمل أرشه، ومتى لم يكن حيًّا لم يثبت له الحقّ ولا عليه، ولا يجوز[3] الصلح، ولأنّا قدّمنا أنّ حقوق الحمل تقف على الولادة، والصلح لا يجوز أن يقف على شرطٍ.

قال: وما كان من صلحٍ له أو عليه بعد ولادته فهو جائزٌ، كما يجوز على الصغير؛ لأنّ الحقوق تثبت له وعليه، وصحّت الولاية، فجاز الصلح.

قال: وإذا وجب لصغيرٍ على رجلٍ قصاصٌ في نفسٍ أو دونها، فإن محمداً

(١) انظر: الأصل، ١١/١٢.
(٢) في ب (كعقده).
(٣) في ب (فيجوز)

روىٰ عن أبي حنيفة في إملائه أنّه قال: صلح الوصيّ للقاتل من الدم علىٰ الديَة أو أكثر جائزٌ بمنزلة الوالد، وإن صالح علىٰ أقلّ من الديَة لم يجز، وكان علىٰ الجاني تمام الديَة.

والأصل في ذلك: أنّ الأب يملك استيفاء القصاص الواجب للصغير في النفس وفيما دونها؛ وذلك لأنّه يلي عليه بنفسه كما يلي علىٰ حقوق (نفسه؛ ولأنّ الصبي عاجزٌ عن استيفاء القصاص لنفسه، فانتقل الاستيفاء إلىٰ أقرب الناس إليه، وذلك)[1] الأب؛ ولهذا قال أبو حنيفة: إنّ القصاص إذا ثبت لصغيرٍ وكبيرٍ استوفاه الكبير؛ لأنّ القصاص ثابتٌ للميت، وقد عجز الصبي عن استيفائه، فيثبت الاستيفاء للكبير، ولذلك قالوا: إنّ من قتل رجلاً[2] ولا وارث له، فللإمام أن يقتصّ؛ لأنّ الدم ثبت لجماعة المسلمين، وقد عجزوا عن استيفائه، فقام الإمام مقامهم.

وإذا ثبت أنّ الأب يجوز استيفاؤه للقصاص جاز صلحه عنه؛ لأنّ المال أنفع للصبيّ من الدم، والأب غير متهمٍ، فجاز أن يُجعَل الحقّ الذي ليس بمالٍ مالاً.

فأمّا الوصيّ فلا يملك القصاص في النفس، ويملك فيما دون النفس، والقياس أن يملك الجميع؛ لأنّه قائمٌ مقام الأب، [إلا أنّه لما قام مقامه] بعقد الوصيّ، صار كالوكيل، فلم يجز له استيفاء النفس استعظامًا لها.

ولا يقال: فهلّا قلتم: (إن الإمام لا يستوفي القصاص في النفس بهذه العلّة)[3]؛ لأنّ الإمام لا يلي علىٰ المسلمين بعقدٍ، وإنما يلي عليهم حكمًا؛ بدلالة أنّ المتخاصمين إليه يحكم بينهما، ولو كان يتصرّف بعقدهما لم يجز حكمه عليهما.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.



وأمّا ما دون النفس فقد أجري مجرىٰ الأموال ؛ بدلالة أنّه يكون عمداً محضًا لا شبهة فيه ، ويجب فيه المال ، كالمشتركين في قطع يدٍ ، وقطع اليد من نصف الساعد ، فيتبعّض[1] في الوجوب كما يتبعّض المال ، بدلالة القاطعين ليدٍ واحدةٍ ، وللوصيّ أن يتصرّف في المال كما يتصرّف في القصاص الجاري مجرىٰ الأموال .

وإذا ثبت هذا: فلا شبهة في صلحه عمّا دون النفس ؛ لأنّه يملك الاستيفاء ، فيملك الصلح كالأب ، فأمّا في النفس فإذا لم يملك الاستيفاء ، لم يملك الصلح .

وقد ذكر محمدٌ[2] في بعض نسخ الأصل: أنّ صلحه في النفس لا يجوز ، وفي أكثرها أنّه جائز ؛ وذلك لأنّ القياس كان يقتضي جواز استيفاء القصاص ، وإنما سقط لشبهةٍ ، والمال لا شبهة فيه ، فيملك العقد عليه ؛ ولأنّه يجعل[3] الحقّ الذي ليس بمالٍ مالاً ، وذلك أنفع للصبيّ فجاز .

وأمّا إذا صالح الأب أو الوصيّ علىٰ أقلّ من الدية ، لم يجز ؛ لأنّ الصلح أوجب سقوط القصاص ، فوجب المال ، وهو مقدّرٌ ، كما يجب إذا تعذّر القصاص حكمًا ، فإذا حطّ منه فقد حطّ من حقّ الصغير ، فلا يجوز ، والحطّ اليسير والكثير سواءٌ ؛ لأنّ ذلك متيقّنٌ ، وليس هذا كبيعه بنقصانٍ يسيرٍ ؛ لأنّ العوض هناك غير مقدّرٍ ، وإنّما يتقدّر بالتقويم ، والحطّ اليسير يدخل بين التقويمين ، فلا يجوز أن يتيقّن بالحطّ ، فلذلك جاز ؛ (لجواز أن لا حطّ فيه)[4] .

---

(١) في أ (فينتقص) .

(٢) هنا في ب زيادة (أن القياس كان يقتضي جواز استيفاء القصاص) ، والسياق لا يحتمله .

(٣) في ب (يجوز) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب . انظر بالتفصيل: الأصل ، ٣١/١١ وما بعدها .



بَابُ
الصلح في الوديعة وما في معناها

قال: إذا أودع رجلٌ رجلاً وديعةً ثم جاء يلتمس أخذها، فقال المُودَع: قد هلكت أو [قد] رددتها عليك، أو ادّعىٰ وجهًا مما يكون القول قوله فيه مع يمينه، وكذّبه الطالب، وادعىٰ أنّه استهلكها، ثم اصطلحا بعد هذا القول علىٰ شيءٍ، فالصلح باطلٌ في قول أبي يوسف.

وقال محمدٌ: الصلح جائز إذا ادّعىٰ ربّ الوديعة ما يوجب الضمان علىٰ المُودَع.

لأبي يوسف: أنّ دعوىٰ المُودَع للردّ أو الهلاك تبرّئه من الدعوىٰ، كما يبرأ بإبراء صاحب الدين من الدين، فكما لا يجوز الصلح في الديون بعد البراءة، فكذلك لا يجوز في الوديعة بعد دعوىٰ الهلاك.

ولا يقال: لو برئ بقوله لم يجب عليه اليمين؛ لأنّ اليمين إنّما هي لتأكيد البراءة؛ لا أنّ البراءة تقف عليها، ولأنّ المالك لمّا ائتمن المُودَع وأقامه مقام نفسه في الحفظ، صار دعواه للهلاك كاعتراف المودِع بذلك، فيمنع [من جواز] الصلح[(١)].

وجه قول محمدٍ: أن المدّعي يدّعي وجوب الضمان علىٰ المُودَع بالاستهلاك، فجاز الصلح كما يجوز في سائر الدعاوي؛ ولأنّ دخولها في عقد

---

(١) انظر: الأصل، ١١/١٠٢ وما بعدها.



الصلح اعترافٌ منهما بصحته، وذلك لا يكون مع براءة المُودَع، فوجب أن يُحمَل العقد على الجواز ما أمكن.

قال: وإن كان الصلح قبل دعوى المُودَع ما يوجب براءته، فالصلح جائزٌ [٤٢٥/ب] في قولهما؛ لأنّ البراءة لم تحصل، فالمطالبة ثابتةٌ، فجاز الصلح عنها كما يجوز عن سائر الحقوق.

قال: فإن اختلفا بعد وقوع الصلح، فقال المُودَع: كان الصلح بعدما [ادّعيته][1] من البراءة، وقال الطالب: كان قبل ذلك، فالقول قول الطالب، إلا أن يقيم المطلوبُ البيّنة أن الصلح وقع بعد دعواه البراءة، وإن لم يكن له بيّنةٌ فله أن يستحلف الطالب على ذلك، فهذا إنّما يجيء على قول أبي يوسف.

فأمّا على قول محمدٍ: فلا فائدة لهذا الاختلاف؛ ولأنّ الصلح عنده جائزٌ قبل دعوى البراءة وبعدها.

وأمّا على قول أبي يوسف: فالأمر مختلفٌ، إلا أنّه جعل القول قول المدّعي؛ لأنّ المودِع[2] يدّعي بطلان العقد الذي دخل فيه، فلا يُصدّق على ذلك.

وأمّا إن أقام البيّنة بطل العقد عنده؛ ولأنا بيّنا أنّه صالح بعدما برئ من الحقّ، ولا يقال: كيف تُسمَع بيّنته بفساد العقد بعد دخوله فيه؟ لأنّه تبيّن أنّه لم يكن بينهما عقدٌ، فتُقبَل البيّنة على ذلك، كما تُقبَل بيّنة المرأة بعد الخلع: أن الزوج كان طلقها ثلاثًا.

قال: فإن كان المُودَع جحد الوديعة، وقال: لم تودعني [شيئاً]، ووقع

(١) في أ (أودعتنيه)، والمثبت من ب، وتصوير المسألة يقتضيه.
(٢) في ب (المدّعي).




الصلح بعد جحوده ، فالصلح جائزٌ أيضًا[1] ؛ لأنّ الجحود سببٌ لضمان الوديعة لو كانت ، وليس بسببٍ للبراءة ؛ فلذلك جاز الصلح .

والعارِية والمُضَارَبة كالوديعة ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما أمانةٌ يبرأ منها بقوله[2] .



(١) في ب (هنا) .

(٢) انظر : الأصل ١١/١٠٤ ، ١٠٥ .



بَابُ
صُلْحِ المُرْتَدِّ

قال ﷺ: الأصل في هذا الباب: أنّ عند أبي حنيفة رِدّة الرجل تُوجب زوال ملكه زوالاً مراعىً، فإن قُتِل أو مات على ردّته، أو لحق بدار الحرب وحُكِم بلحاقه، زالت المراعاة، وحكمنا بانتقال[1] الملك في آخر جزءٍ من أجزاء إسلامه، فإن أسلم، حكمنا ببقاء أملاكه على ما كانت عليه.

وعقوده [عنده][2] على الأموال موقوفةٌ أيضًا، وهذه المسألة تأتي في كتاب السِّيَر، فإذا صالح وُقِف عقده، كما تقف سائر العقود.

فأمّا على قول[3] أبي يوسف: فحكم المرتدّ حكم من وجب عليه القِصَاص؛ لأنّ دمه مُستَحقٌّ، فإذا صالح جاز صلحه.

وعند محمدٍ: هو كالمريض؛ لأنّ حاله مخوفةٌ، فيجوز صلحه فيما يجوز صلح المريض عليه.

فأمّا المرتدّة فصلحها جائزٌ في قولهم؛ لأنّ ردتها لا تزيل ملكها عن مالها[4]، كما لا تبيح دمها، فإذا عقدت جاز عقدها.

---

(١) في ب (بزوال).

(٢) في أ (عندهم)، والمثبت من ب، وهو أنسب؛ لأنّ الكلام عن اختيار أبي حنيفة.

(٣) في ب (أصل).

(٤) في ب (أملاكها).



قال: فإن لحقت بدار الحرب، وحُكِم بلحاقها، بطل ما وقع من صلحها في دار الحرب، كما يبطل بصلح الحربية؛ لأنّ الحكم بلحاقها يوجبُ زوال أملاكها، ويجعلها في حكم أهل الحرب[1].

(١) انظر: الأصل ١١/١٥٩، ١٦٠.

بَابُ
صلح المكاتبِ

[قال]: وإذا كان للمُكَاتَب على رجلٍ دينٌ، فصالحه على أن يحطّ [عنه] بعضه، أو أخّر بعضه، أو جميعه، فإن الحطّ لا يجوز إذا كان مِن دينٍ له [عليه] بيّنةٌ، وإن لم يكن عليه بيّنةٌ جاز حطّه؛ وذلك لأنّ الحطّ تَبَرّعٌ ومعروفٌ، والمُكاتَب لا يملك التبرّع، وإذا كان له بيّنةٌ فالحقّ ثابتٌ، [فلا يجوز إسقاطه لشيءٍ منه، وإن لم يكن له بيّنةٌ، جاز صلحه؛ لأنّ الحقّ ليس بثابتٍ]، وإنّما يثبت له اليمين، والمال له أنفع من ذلك.

قال: وتأخيره جائزٌ، [سواءٌ] كانت له بيّنةٌ أو لم تكن؛ وذلك لأنّه مَلَك أن يقبض الحقّ ثمّ يبيعه بالتأجيل[١]، فإذا أجّل ابتداءً جاز.

قال: وصلح المُكاتَب في التجارات جائزٌ ما لم يحطّ شيئًا من مالٍ قد ثبت بالبيّنة ما خلا العيب، فإني أستحسن أن أجيز الحطّ فيه؛ لأنّ الردّ بالعيب مستحَقٌّ، ويجوز أن يكون الثمن مع الحطّ أنفع من أخذ السلعة، فلم يكن في ذلك تبرعٌ.

قال: فإن عجز المكاتب، فادّعى رجلٌ قِبَله دينًا، واصطلحا على أن يأخذ بعضها ويؤخّر بعضًا، فإن هذا لا يجوز إلا أن يكون عليه بيّنةٌ؛ لأنّ العجز حجرٌ عليه، فلا يجوز تصرّفه مع الحجر.

وأمّا إذا كانت عليه بيّنةٌ فهو الخصم في ديونه بعد العجز، وإذا صالح على إسقاط بعضها فهذا تبرعٌ عليه، فيجوز[٢].

---

(١) في ب (إلى أجلٍ).

(٢) انظر: الأصل، ١١/١٦٦، ١٦٧.

بَابُ
صلح العبد التاجر

قال: وإذا كان للعبد دينٌ له بيّنةٌ[١] فأسقط بعضه، لم يجز؛ لأنّ ذلك تبرّعٌ، والعبد لا يملك التبرّع، فإن لم يكن له بيّنةٌ جازَ لما ذكرنا في المُكاتَب، ويجوز حطّه لأجْل العيب استحسانًا؛ لأنّ ذلك مُستحَقٌّ علىٰ ما بيّنّاه.

قال: ولو ادّعى رجلٌ عليه دينًا، فجحده، أو أقرّ به، ثمّ صالحه علىٰ أن يحطّ الثلث ويؤدي الثلث ويؤخّر عنه الثلث إلى أجلٍ، كان ذلك جائزًا؛ لأنّه يملك الاعتراف مع بقاء الإذن، فإذا صالح فقد تبرّع المُستحِقّ عليه[٢]، والتبرّع علىٰ العبد جائزٌ.

قال: ولو حجر مولىٰ العبد علىٰ العبد، فادّعىٰ رجلٌ عليه دينًا، وليس في يد العبد مالٌ، فصالح العبد علىٰ مالٍ ضمنه علىٰ أن يحطّ عنه طائفةً، فإن الصلح لا يجوز، فإن عتق يومًا جاز عليه؛ لأنّ الحجر يمنع من جواز العقود في حقّ المولىٰ، فالصلح عقدٌ من العقود، فإذا أعتق جاز عليه؛ لأنّ له قولاً صحيحًا، وإنّما لم[٣] ينفذ صلحه بحقّ المولىٰ؛ وقد زال حقّ المولىٰ، ولم يبق إلا حقّ العبد، فينفذ عقده علىٰ نفسه.

قال: ولو كان في يده مالٌ جاز صلحه في قول أبي حنيفة، ولا يجوز في

---

(١) في ب (علىٰ ديونه بينة).
(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.
(٣) هذه الكلمة سقطت من ب.

قولهما[١].

لأبي حنيفة: أنّ إقرار المأذون موقوفٌ على ثبوت يده على المال، لا على الإذن؛ بدلالة أنّ المولى إذا أخذ من يده بعض اكتسابه لم ينفذ إقراره فيما أخذه مع بقاء الإذن لعدم اليد، واليد باقيةٌ، فجاز إقراره، وإذا جاز الإقرار جاز الصلح؛ لأنّه إسقاط بعض المُستَحَقّ عليه.

وجه قولهما: أنّ الإقرار يتعلّق بالإذن، وقد زال الإذن، فلم ينفذ إقراره، وكذلك الصلح[٢].



(١) في ب (قول أبي يوسف ومحمدٍ).

(٢) انظر: الأصل، ١١/١٦٧، ١٦٨.



بَابُ
صلح الصبي التاجرِ

قال محمدُ في الأصل: كلّ شيء من التجارة [الصلح فيه](١) يجوز على الرجل التاجر، فهو يجوز على الصبيّ [التاجر]، إلا الحطّ خاصّةً من غير عَيْبٍ(٢)؛ وذلك لأنّ الصلح عقدٌ من العقود، فإذا لم يكن تبرّع بماله [جاز كعقود التجارات، وأمّا الحطّ فهو تبرّعٌ بماله]، فلا يجوز.

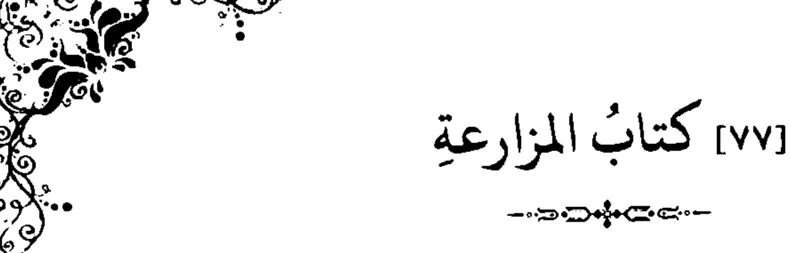
قال: وإن صالح من سَلَمٍ أَسْلَمه على رأس ماله، كان جائزًا؛ وذلك لأنّ الصلح على رأس المال إقالةٌ، والإقالة معاوضةٌ، فملكها الصبيّ التاجر كما يملك البيع.

قال: ولو ابتاع سلعةً، [فظفر](٣) بعيبٍ، فصالحه البائع على أن قَبِلها(٤) كان جائزًا؛ لأنّ الثمن أنفع له من [المبيع](٥) المَعِيب.

قال: ولو كان عليه مالٌ فحطّ بعضاً وأخّر بعضاً، كان جائزًا؛ وذلك لأنّ هذا تبرّعٌ [عليه]، والممتنع التبرّع منه، فأمّا عليه فلا. [٤٢٦/أ](٦).

تم كتاب الصلح بالأمثال والحجج

(١) في أ (فيه الصلح)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.
(٢) انظر: الأصل ١١/١١٧.
(٣) في أ (فطعن)، والمثبت من ب.
(٤) في ب (قبولها).
(٥) في أ وفي ب: (العبد)، ولعل الصواب (المبيع)، كما في بدائع الصنائع للكاساني (٦/٤٠).
(٦) انظر: الأصل، ١١/١١٧.



[٧٧] كتابُ المزارعةِ

قال ﵀: المزارعة(١) في اللغة مفاعلةٌ من الزرع: وهي عبارةٌ عن العقد على الزراعة ببعض الخارج، وقد سمي هذا العقد مخابرةً.

وقيل في اشتقاقه: الهاء مأخوذةٌ من الزراعة؛ لأنّ الزارع خبيرٌ، وقد قيل: إنّه مشتقٌّ من عقد النبي ﷺ مع أهل خيبر.

وهو عقدٌ فاسدٌ عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: هو جائزٌ(٢).

لأبي حنيفة: ما روى رافع بن خديج: **(أنّ النبي ﷺ نهى عن المخابرة)**(٣)؛ ولأنّه عقدٌ على المنافع بما يحدث من الزرع، والعقد ببدلٍ معدومٍ لا يجوز، وليس هذا كالمضاربة؛ لأنّ الربح [فيها] ليس ببدلٍ عن العمل، وإنّما هو في مقابلته؛ ولذلك لا يفتقر إلى ذكر المدّة.

وجهُ قولهما: «**أنّ النبي ﷺ نصب عاملاً على أهل خيبر على نصف ما يخرج من تمرٍ وزرعٍ**»(٤)؛ ولأنّ الحاجة داعيةٌ إلى هذا العقد؛ ولأنّ مالك الأرض

---

(١) «المزارعة في اللغة: مفاعلة من الزرع، ومنه زرّع الزرّاع الأرض: أثارها للزراعة». وفي الشرع: «عبارة عن العقد على الزرع ببعض الخارج»، كما ذكر المؤلف، وتوضيح ذلك: هي معاقدة على الزرع بين صاحب الأرض وبين المزارع، على أن يقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد. انظر: المغرب (زرع)؛ الجوهرة ص٤٧٧.

(٢) انظر: مختصر القدوري (مع الترجيح)، ص ٣٢٧، ٣٢٨.

(٣) رواه البخاري (٢٢٥٢)؛ ومسلم (١٥٣٦) من حديث جابر ﵁.

(٤) رواه البخاري (٢٢١٣)؛ ومسلم (١٥٥١) من حديث ابن عمر ﵄.

لا يجد أجرةً يستعمل بها، (وما دعت إليه الحاجة)[1] والضرورة في العقود فهو جائزٌ، كعقد الإجارة على منافع معدومةٍ.

وذكر أبو الحسن حديث رافع بن خديج قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، نهى إذا كان لأحدنا أرضٌ أن يعطيها ببعض خراجها؛ بثلث أو نصف**، وقال: «**من كانت له أرض فليزرعها، أو ليمنحها أخاه**»[2].

وهذا الخبر أورده حجّةً لأبي حنيفة في امتناع المزارعة، وهو متأخرٌ عما كانوا يعقدونه، فيقتضي ذلك فسخ جواز العقد.

وذكر عن زيد بن ثابت قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة**»، قال: قلت: وما المخابرة؟ قال: تأخذ أرضًا بثلثٍ أو نصفٍ أو ربعٍ[3]، وهذا دلالة لأبي حنيفة أيضًا.

وذكر عن رافع بن خديجٍ: «**أن النبي ﷺ نهى عن [الحَقل]**[4]، **وقال: «[الحقل] الثلث والربع**»[5]، و[الحقل] في اللغة: الزرع[6]، فكأنّه نهى عن العقد به.

وذكر عن ثابت بن الضحاك أنّه سئل عن المزارعة، فقال: «**نهى عنها**

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) رواه البخاري (٢٢١٤)؛ ومسلم (١٥٤٨).

(٣) رواه أبو داود (٣٤٠٧)

(٤) في أ (الجعل)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٥) روه أبو داود (٣٣٩٨)؛ والنسائي (٣٨٦٣)؛ وابن ماجه (٢٤٦٠)؛ وصححه ابن حبان (٥١٩٨).

(٦) وفي القاموس المحيط: «الحقل: الزرع إذا تشعب ورقه وظهر وكثر». (حقل).

رسول الله ﷺ»[1]، [وذكر عن رافع بن خديج، قال: نهىٰ رسول الله ﷺ] عن المحاقلة والمزابنة، وقال: «**إنما يزرع ثلاثةٌ: رجلٌ له أرض فيزرعها، أو رجلٌ مُنح أرضًا فهو يزرع ما مُنح، أو رجلٌ اكترىٰ أرضًا بذهب أو فضة**»[2]، وهذا الخبر دلالةٌ لأبي حنيفة؛ لأنّه لم يذكر استئجار الأرض ببعض الخارج، وهذا يمنع المزارعة بذلك.

فأمّا المُحاقَلة: فهي مفاعلةٌ من الزّرع، فيحتمل ذلك بيع الزرع بالزرع، ويحتمل العقد علىٰ المنافع بالزرع[3].

فأمّا المُزابَنة: فهو بيع الرّطب علىٰ رؤوس النخل بخرصها تمراً[4].

وذكر حديث ابن عمر قال: (كنا نخابر ولا نرىٰ بذلك بأسًا، يعني بالثلث والربع، حتىٰ زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن المخابرة)[5]، وهذا يدل علىٰ أنّه ترك ما كان يعتقده بروايته؛ لأنّه جعل الرواية عامّةً[6] لما كانوا يفعلونه، وذكر في خبرٍ آخر عنه أنّه قال: «**فتركناه من أجل قوله**»[7].

وذكر عن حنظلة بن قيس: أنّه سأل رافعًا عن [كراء][8] الأرض، فقال:

---

(١) رواه مسلم (١٥٤٩).

(٢) رواه أبو داود (٣٤٠٠)؛ والنسائي (٣٩٠٠)؛ وابن ماجه (٢٤٤٩).

(٣) قال المطرزي: «المحاقلة: بيع الطعام في سنبله بالبُرّ، وقيل: اشتراء الزرع بالحنطة، وقيل: بيع الزرع قبل بُدُوِّ صلاحه، وقيل: المزارعة بالثلث والربع وغيرهما، وقيل: كراء الأرض بالحنطة». المغرب (حقل).

(٤) وفي المغرب: «المزابنة: بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر كيلاً». (زبن).

(٥) رواه مسلم (١٥٤٧).

(٦) في ب (غايةً).

(٧) مسلم (١٥٤٧).

(٨) في أ (كري)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

«نهىٰ رسول الله ﷺ عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، وسأله عن كرائها بالذهب والفضة، فقال: لا بأس بكرائها بالذهب والفضة»[(١)]، وهذا الخبر يدلّ علىٰ بطلان المزارعة؛ لأنّه [منع العقد علىٰ][(٢)] الأرض بما يخرج منها، ولا حجّة لمالكٍ في هذا الخبر؛ لأنّه يقول: [لا يجوز] استئجار الأراضي بما تُنبته الأراضي[(٣)]، واحتجّ بهذا الخبر، فلا حجّة فيه؛ لأنّه إذا استأجر بحنطةٍ مطلقةٍ، فلم يستأجر الأراضي بالخارج منها، وإنما استأجرها بذلك: أن يشترط [عليه] من طعامها، وذلك لا يجوز عندنا[(٤)].

المَسَائل

٢٨٠٩ـ [اشتراط أحدهما قُفزاناً معلومة]

قال أبو الحسن: وإذا تعاقد رجلان علىٰ زراعة أرضٍ علىٰ أنّ الخارج بينهما؛ لكُلّ واحدٍ منهما جزءٌ مشاعٌ من جميع ما تخرج الأرض، فهي المزارعة، وهي فاسدةٌ في قول أبي حنيفة، وجائزةٌ في قول أبي يوسف ومحمدٍ، وقد بيّنا الكلام في ذلك، والتفريع [الآن] علىٰ قولهما، وتارةً يقع[(٥)] التفريع علىٰ قول

(١) رواه البخاري (٢٢٢٠)، ومسلم (١٥٤٧)

(٢) في أ (كري)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب. وفي المدونة: «لأن مالكًا كره استكراء الأرض بشيء من الطعام» ٥٤٧/٤؛ انظر: بداية المجتهد، ٢٢٠/٢ (التجارية الكبرىٰ).

وقال ابن جزي: أما المزارعة: فهي الشركة في الزرع، وتجوز بشرطين عند ابن القاسم: أحدهما: السلامة من كراء الأرض بما ينبت، والثاني: تكافؤ الشريكين فيما يخرجان، وأجازها عيسىٰ بن دينار وإن لم يتكافئا، وبه جرىٰ العمل بالأندلس، وأجازها قوم». قوانين الأحكام الشرعية ص٣٠٧.

(٤) انظر: الأصل ٥١٥/٩ وما بعدها.

(٥) في ب (يكون).

أبي حنيفة لو كان يرىٰ جواز المزارعة.

قال: وإن اشترط أحدهما شيئًا معلومًا قَدْرُه مما تخرجه الأرض أيّهما كان، لم تجز المزارعة في قولهم، فهي والمضاربة في هذا الوجه سواءٌ، وهذا مثل أن يشترط أحدهما قُفْزانًا معلومةً، أو شرط جزءاً مشاعًا وقُفْزانًا معه، فلا يصحّ العقد [معه]؛ لأنّ القياس يمنع من جواز المزارعة، وإنما أجازوه للأثر، وذلك [ورد][(١)] في الشَّركة في جميع الخارج؛ ولأنّه روي: «**أنهم كانوا يزرعون ويشترطون لأحدهما ما علىٰ الماذيانات والربيع الساقي، [فأبطل] النبي ﷺ ذلك**»[(٢)]، وكأنّ المعنىٰ فيه قطع الشركة [عن] بعض الخارج؛ ولأنّ الأرض يجوز أن لا تخرج إلا المقدار المسمّىٰ، فيستحقه أحدهما دون الآخر، وذلك يؤدّي إلىٰ قطع الشركة، [فلا يصحّ].

وعلىٰ هذا المضاربة: لو شرط أحدهما دراهم مسمّاة، أو شرط جزءًا مشاعًا ودراهم مسمّاةً معه، لم يجز العقد؛ لأنّ ذلك يؤدي إلىٰ قطع الشركة عن بعض الربح.

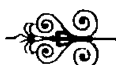
قال: وإن شرط أحد المزارعين البذر لنفسه، وأن يكون الباقي بينهما، فهذه مزارعةٌ فاسدةٌ؛ لما بيّنا أن جواز المزارعة يثبت بالأثر، وذلك ورد من غير استثناء البذر؛ ولأنّ الخارج كلّه نماءٌ، والبذر قد تلف، فلو شرط ردّ مثل البذر، أدّىٰ إلىٰ قطع الشركة عن بعض النماء.

فأما المضاربة: فإن شرط فيها قسمة جميع [المال]، فسدت حتىٰ يشترط

---

(١) في أ (وقع)، والمثبت من ب.

(٢) رواه من حديث رافع ﷺ: مسلم (١٥٤٧)




الشركة فيما زاد علىٰ رأس المال ؛ لأنّ رأس المال ليس بمُتلَفٍ ، وإنما تثبت الشركة في النماء ، والنماء هو الربح دون رأس المال ، فهذا الوجه تفارق المضاربةُ فيه المزارعةَ .

قال: وإذا وقع العقد بين المتعاقدين علىٰ زراعة أرضٍ علىٰ أنَّ الخارج بينهما ، فإنّك تنظر إلىٰ واقع البذر ممن هو منهما ؟ فإن كان البذر من قِبَلِ صاحب الأرض ، [فهو مستأجرٌ للعامل ، وإن كان البذر من قبل الذي أخذ الأرض] فهو مُستَأجِرٌ للأرض ، ومن كان من قبله البذر فما يَستحقه من الزرع فهو يأخذه ببذره لا بالشرط ، ومن لم يكن من قبله البذر فإنّما يستحق ما شُرط له بالشرط لا بغيره ؛ وذلك لأنّ صاحبَ الأرض إذا أعطىٰ البذر فالعامل مِن جهته المنافع [بعوضٍ] ، وهذا معنىٰ (من آجر نفسه ، وإذا كان البذر للعامل فزرع الأرض أعطىٰ منافع أرضه بعوضٍ ، فهذا معنىٰ)[1] إجارة الأرض .

وإنما قال: إن صاحب البذر يستحقّ الخارج ببذره لا بالشرط ؛ لأنّ الخارج نماءٌ من البذر ، فهو لصاحب الأصل إلا أن يملكه غيره ، ومَن ليس له بذرٌ إنما يستحقّ [من] ملك غيره ، ولا يستحقّه إلا بالشرط .

قال: وما كان الجواب فيه: إن المزارعة فاسدةٌ ، فالزرع كله لصاحبِ البذر ، كان العامل أو صاحب الأرض ؛ وذلك لأنّ العقد الفاسد لا يُستحَقّ فيه التسمية ، ومن لا بذر له إنّما يستحقّ بعض الخارج بالتسمية ، وإذا بطلت التسمية بالفسادِ [٤٢٦/ب] بقي النماء كلّه علىٰ ملك صاحب البذر .

قال: فإذا كان المُستَحِقّ للزرع العامل ، [فعليه مثل أجر الأرض ، فإن كان

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

المستحقّ للزرع ربّ الأرض] ، فعليه للعامل أجرُ عمله ؛ وذلك لأنّ العامل قد استوفىٰ منافع الأرض بعقدٍ فاسدٍ ، فوجب عليه رَدّها ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٩] ، فأوجبَ في الربا ردّ رأس المال ، والمنافع لا مثل لها ، فيجب ردّ قيمتها ، وإن كان البذر لصاحب الأرض ، فقد استوفىٰ منفعة العامل بعقدٍ فاسدٍ ، فيجب عليه رَدها ، ولا مثل لها ، فيردّ قيمتها .

قال: وإنّ كان المستحِقّ للزرع ربّ الأرض ، فعليه للعامل أجر عمله ، فيأخذ ربّ الأرض من الزرع مثل بذره ، وما غرم من الأجر للعامل ، ولا يتصدّق بما فضل عن ذلك ؛ لأنّ الخارج نماءٌ من ماله في أرضه ، والفساد حصل في منافع العامل ، والنماء غير متولّدٍ[1] من ذلك ، فلم يحصل له من وجهٍ محظورٍ ، فلا يتصدّق بشيءٍ .

قال: وإن كان المستحِقّ للزرع العامل ، أخذ من الزرع قدر بذره ، وقدر أجر الأرض ، ويتصدّق بالفضل ؛ لأنّه أخذ فضل زرعٍ خرج في أرض غيره بإجارةٍ فاسدةٍ ، وإنّما رفع مقدار بذره ؛ لأنّ ذلك ليس بنماءٍ ، ورفع أجر الأرض ؛ لأنّ ذلك قد أدّىٰ عوضه .

ولا يرفع أجر مثل عمله ؛ لأنّ المنافع لا قيمة لها إلا بعقدٍ ، ولم يعقد علىٰ منافعه ، وإنما هو العاقد علىٰ منفعة الأرض ، ويتصدّق بالفضل ؛ لأنّه حصل [له] متولّدًا[2] من أرضٍ قبضها بعقدٍ فاسدٍ ، فهو مالٌ حصل له من وجهٍ محظورٍ لم يؤدّ بدله ، فصار كشاة الأنصار .

---

(١) في ب (حادثٍ).
(٢) في ب (حادثاً).

قال: وإذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ أرضًا وبذرًا وبقرًا، علىٰ أن يعمل المدفوع إليه الأرض بنفسه، علىٰ أنّ ما يخرج منها من شيءٍ فهو بينهما، فهذا جائزٌ.

قال: وجملة هذا علىٰ قولهما: إنّ المزارعة علىٰ أربعة أوجهٍ: إمّا أن يكون الأرض والبذر من واحدٍ، والعمل والبقر من الآخر، [أو يكون الأرض والبقر والبذر من واحدٍ، والعمل من الآخر]، أو يكون البذر والبقر والعمل من واحدٍ، والأرض من الآخر، أو يكون الأرض والبقر من واحدٍ، والبذر والعمل من الآخر، [فإن] كان البذر والأرض [من واحدٍ]، فالعقد جائزٌ؛ لأنّه استأجر العامل ببعض الخارج، والبقر ليست مستأجرةً، وإنّما [هي] تابعةٌ لعمل العامل المعقود عليه، فلا يكون في مقابلتها[1] عوضٌ، كما لو استأجر خيّاطًا كانت الإبرة تابعةً لعمله، ليسَ في مقابلتها أجرةٌ.

وأمّا إذا كان البذر والأرض والبقر لواحدٍ، جاز؛ لأنّه مستأجرٌ العامل، والبقر ليست مستأجَرةٌ، ألا ترىٰ أنّ ربّ الأرض يستحيل أن يستأجر بقره ليعمل في أرضه، وأمّا إذا كان البذر والبقر للعامل، جاز؛ لأنّ العامل مستأجرٌ للأرض، وهو مستعملٌ لبقره في عمل نفسه، فلا تكون مستأجَرة.

وأمّا إذا كانت الأرض والبقر لواحدٍ، والبذر والعمل لآخر، فالعقد فاسدٌ علىٰ رواية الأصل؛ لأنّ البقر هاهنا مستأجَرةٌ ببعض الخارج، ألا ترىٰ أنّها لا تكون تابعةً للعمل؛ لأنّها لم تُشترط علىٰ العامل، واستئجار البقر ببعض الخارج لا يجوز[2]، والدليل عليه قوله: روي: «**أن أربعة نفر اشتركوا علىٰ عهد رسول الله ﷺ: من قِبَل**

(١) في ب (لعملها).

(٢) انظر: الأصل، ١٠/١٣ وما بعدها.



أحدهم الأرض، ومن قبل الآخر البذر، ومن قبل الآخر البقر، ومن قبل الآخر العمل، فأبطل النبي ﷺ المزارعة عليه»[1].

وروي عن أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أنّ هذا العقد جائزٌ؛ لأنّ العامل كالمضارِب، وصاحب الأرض كربّ المال، ولو دفع في المضاربة مالاً ودابّةً يحمل عليها ما يشتريه، جاز [ذلك]، فكذلك في المزارعة.

وقد قال أصحابنا في المشهور عنهم: إنّ المزارعة بالبذر لا تجوز، ومعناه: إذا دفع بذراً إلىٰ رجل ليزرعه في أرضه بنصف[2] الخارج، فالمزارعة فاسدةٌ، وعن أبي يوسف: أنها جائزةٌ.

وجه قولهم: ما روي: **«أن أربعةً اشتركوا علىٰ عهد رسول الله ﷺ، من أحدهم الأرض، ومن الآخر العمل، ومن الآخر البقر، ومن الآخر البذر، فأبطل النبي ﷺ المزارعة»**[3]؛ ولأنّها تشبه الشركة بالعروض، والشركة بالعروض فاسدةٌ.

لأبي يوسف: أنّ استئجار الأرض ببعض الخارج جائز، واستئجار العامل ببعض الخارج جائز، وفي مسألتنا صاحب البذر استأجرهما جميعًا، فإذا جاز استئجار أحدهما، فكذلك استئجارهما، وإذا شرط عملهما جميعًا في المزارعة فهي فاسدةٌ؛ لأنّ البذر [إن كان من قِبل العامل، فهو مستأجرٌ للأرض، فإذا شرط

---

(١) رواه الدارقطني (٧٦/٣)، من طريق واصل بن أبي جميل عن مجاهدٍ: أن نفرا اشتركوا....، قال الدارقطني: (هذا مرسل ولا يصح وواصل هذا ضعيف).

(٢) في ب (ببعض).

(٣) سبق تخريجه.

عمل صاحبها، فلم يُسَلِّم ما آجر]، وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض، وشرط عمله، فلم يُخلِّ بين المزارع وبين الأرض، ومن شرط المزارعة التخلية، كالمضاربة إذا شرط فيها عمل ربِّ المال، لم يجز؛ وذلك لأنّها عقد أمانةٍ، فإذا لم تحصل التخلية وانفرد المؤتمن باليد، لم يصحّ، كالوديعة.

قال: وإذا لم تخرج الأرض شيئًا في المزارعة الصحيحة، فلا شيء لواحد منهما؛ لأنّ العقد الصحيح يجب فيه المسمَّىٰ، ولم يُوجد المُسمَّىٰ، فلم يستحق عوضًا.

وأمّا إذا كانت المزارعة فاسدةً، ولم تخرج الأرض شيئًا، فأجرُ المثل واجب؛ وذلك لأنّ الإجارة الفاسدة لا يجبُ فيها المسمَّىٰ، وإنّما يجب أجر المثل في الذمة، ففوات الخارج لا يمنع من وجوبه، وقد قال في كتاب المزارعة: إنّ الواجب في الفاسد أجرُ المثل، ولم يفصّل، والمسألة على الخلاف[1].

عند أبي يوسف: يجب للعامل أجرُ مثله، لا يجاوز به مقدار ما سُمّي له من الخارج.

وعند محمدٍ: له أجر المثل بالغًا ما بلغ.

وهذا الخلاف مذكورٌ في باب شركة الاحتطاب من كتاب الشركة.

لأبي يوسف: أن الإجارة الفاسدة يَجبُ فيها الأقل من المُسمَّىٰ ومن أجر المثل، والمُسمّىٰ[2] نصف الخارج، فلا يجوز إيجاب ما زاد عليه.

(١) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٤٤٠.
(٢) في ب (والمستحقّ).

لمحمدٍ: أنّ الزيادة علىٰ المُسمَّىٰ إنّما لا تجوز؛ لأنّ العاقد رضي بذلك بدلاً عن منافعه، ونصف الخارج غير معلوم القدر، حتىٰ يكون رضي بإسقاط ما زاد عليه، فوجب إيجاب الأجر بالغًا ما بلغ.

ولو دفع أرضًا وبِذرًا وبقرًا علىٰ أن يعمل العامل عند أصحاب الأرض، فما أخرج الله تعالىٰ من ذلك فلصاحب العمل الثلث، ولصاحب الأرض والبذر الثلث، ولعبد ربّ الأرض الثلث، كان هذا جائزًا علىٰ ما [شرطوا][1]، ونصيب العبد لصاحب الأرض؛ لأنّ صاحب الأرض أزال يده عنها، وخلّىٰ بين [المزارع][2] وبينها، وأعانه بعمل عبده، فهو كمعونته ببقره، والمشروط للعبد في حكم المسكوت عنه؛ لأنّ المزارعة تفتقر إلىٰ التسمية، وقد سمَّىٰ له، وما بقي بعده لا يفتقر إلىٰ التسمية، فكأنّه سكت عن ذكره، فيكون لصاحب الأرض.

قال: ولو كان البذر من عند صاحب العمل، والمسألة بحالها، كان هذا فاسدًا، والخارج لصاحب البذر، وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد؛ لأنّ صاحب الأرض آجر عبده وبقره ببعض الخارج، وقد بيّنا أن إجارة البقر يفسد المزارعة، وكذلك لو اشترط علىٰ رب الأرض أن يعمل معه بنفسه، كان له أيضًا أجرُ مثله فيما عمل علىٰ صاحب البذر؛ لأنّه استوفىٰ منافعه بعقدٍ فاسدٍ، ولو كان البذر من قبل صاحب الأرض وشرط عمله، وعَمل العامل في الأرض، كان العقد فاسدًا؛ لما [بيّنا] أنّ رب الأرض لم يخلّ بينها وبين المزارع.

قال: وإن دفع رجلٌ أرضه إلىٰ رجلٍ [٤٢٧/أ] علىٰ أن يَزرعَها بيده وبقره،

(١) في أ (شرطنا)، والمثبت من ب، وهو أنسب في السياق.

(٢) في أ (المزارعة) والمثبت ما يقتضيه السياق.



ومعه هذا الرجل الآخر، فما أخرج الله منها من شيءٍ: فالثلث من ذلك لربّ الأرض، والثلث لصاحب البذر والعمل، والثلث لصاحب العمل الآخر، فهذا فاسدٌ [1]، والثلث [من] الخارج لربّ الأرض، والثلثان لصاحب البذر، وعلىٰ صاحب البذر أجر مثل صاحب العمل الذي عمل معه، ولا يتصدّق واحدٌ منهم بشيءٍ؛ وذلك لأنّ المزارعة تنعقد علىٰ أحد وجهين: إمّا علىٰ استئجار الأرض، أو علىٰ استئجار العامل، فإن [2] كان البذر لأحد العاملين فهو مستأجرٌ للأرض ومستأجرٌ للعامل الآخر، وهذا خلاف [موضوع] [3] المزارعة؛ لأنّها تتضمّن استئجار أحد الأمرين دون الآخر، فإذا لم يصلح استئجار العامل، فالمزارعة صحيحةٌ بين صاحب الأرض وصاحب البذر، فاسدةٌ في حقّ صاحب العمل؛ لأنّ الفساد جاء بدخوله، فوجب أن يعتبر في حقّ صاحب الأرض والبذر حكم العقد الصحيح، فيجب لصاحب الأرض الثلث الذي سمِّي له، ولصاحب البذر ما بقي؛ لأنّه خارجٌ من بذره، ولا يتصدّق واحدٌ منهما بشيءٍ؛ لأنّ العقد صحيحٌ في حقهما، فأمّا صاحب العمل فقد استوفىٰ عمله بعقدٍ فاسدٍ، وله أجر المثل.

قال: ولو كان البذر من صاحب الأرض والمسألة علىٰ حالها، كانت هذه مزارعةً جائزةً، والثلث مما أخرجت الأرض لصاحب الأرض، والثلثان للعاملين؛ لأنّ ربّ الأرض يستأجر العاملين، فيجب لها ما سمِّي لها.

---

(١) انظر: الأصل، ١٠/١٤.

(٢) في ب (فأما إذا).

(٣) في أ (من موضوع)، بزيادة (من)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

بَابُ
امتناعِ المزارعين من الزراعةِ

قال: وإذا تعاقد الرجلان على زراعة أرضٍ سنةً، ثمّ بدا لأحدهما أن لا يزرع، فقال: لا أزرع هذه الأرض ولا غيرها، أو قال: لا أريد أن أزرع هذه الأرض، وأريد أن أزرع غيرها، فإنّك تنظر في ذلك: فإن كان الممتنع من قِبَله البذر فله ذلك، وإن كان الممتنع من ليس من قِبَله البذر فليس له أن يمتنع من ذلك، إلا من عذرٍ؛ وذلك لأنّ الذي من جهته البذر لا يتوصّل إلى الوفاء بالعقد[1] إلا بإتلاف ماله الذي هو البذر، ولا يُجبر على ذلك.

كما قالوا فيمن استأجر رجلاً لهدم دارٍ، ثم بدا لصاحب الدار، لم يجبر على الوفاء بها، ولهذا قال أصحابنا فيمن باع ذراعًا من ثوبٍ أو جذعًا في سقف: إنّ البيع فاسدٌ؛ لأنّه لا يقدر عل الوفاء إلا بضررٍ [يلحقه] بإتلاف ماله، فلم يُجبر عليه.

وأمّا الذي ليس من جهته بذرٌ، فالوفاء بالعقد ليس بإتلاف مالٍ عليه؛ فلذلك لزمه البقاء على العقد، كما يلزم في سائر الإجارات.

قال: ولو كانت الإجارة للزراعة وقعت بأجرٍ غير ما يخرج منها، ثم أراد المستأجِر أن يدع الزراعة ولا يزرع هذه الأرض ولا غيرها، فذلك له، وإن قال: لا أزرع هذه الأرض وأزرع غيرها، لم يكن له ذلك، وقيل له: اقبض الأرض،

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.



فإن شئت فازرعها، وإن شئت فلا.

وإن امتنع صاحب الأرض وقال: قد بدا لي أن أؤجر الأرض للزراعة فلم يكن له ذلك، ويجبر على تسليم أرضه؛ إلا أن يكون له عذرٌ في ذلك، والعذر أن يكون عليه دينٌ فادحٌ لا يقدر على أدائه إلا من ثمن الأرض؛ وذلك لأنّ المستأجِر يمكنه الوفاء بالعقد من غير إتلافٍ في مالٍ، ألا ترى أنّه إذا قبض الأرض وجبت الأجرة وإن لم يزرع، فلمّا أمكن الوفاء بالعقد من غير إتلاف مالٍ، لزمه ذلك إلا من عذرٍ؛ لأنّ الإجارات تنفسخ بالعذر عندنا، والعذر أن يختار المستأجِر ترك الزراعة في ذلك العام، فلا يُكلّف البقاء على الإجارة (مع عدوله عن الزرع، والعذر من جهة ربّ الأرض أن يلزمه دينٌ؛ لأنّ في تبقية الإجارة إلحاق ضررٍ به)[1]؛ لأنّه يحبس في الدين.

قال: وإذا دفع أرضًا وبذرًا على أن يزرعها العامل هذه السنة بنفسه وبقره، فما أخرج الله تعالى فهو بينهما نصفان، فلمّا وقع عقد المزارعة قال الذي أخذ الأرض ليزرعها: لا أريد أن أزرع هذه الأرض ولا غيرها، أنا أريد ترك الزرع سنتي هذه، فليس له ذلك، ويُجبر على أن يزرع؛ لأنّه ليس في إلزامه العقد إتلاف مالٍ عليه، وإنّما هو إتلاف منفعةٍ، فصار كمن آجر نفسه.

وليس هذا كالمستأجر للأرض إذا اختار ترك الزراعة؛ لأنّ في تبقية العقد مع اختيار ترك الزراعة[2] إلحاق ضرر به في إلزامه الأجرة، فلذلك كان عذرًا.

قال: وإذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ نخلاً معاملةً على أن يقوم عليه ويسقيه

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ هنا زيادة عبارة (تلك الصناعة)، وهي ليست في ب، والسياق لا يقتضيها.




ويُلَقِّحه ، فليس لصاحب النخل ولا للعامل الامتناع من الوفاء بالعقد إلّا من عذرٍ ؛ لأنّه ليس من جهةٍ واحدٍ منهما مالٌ متلفٌ ، فصار كالإجارة ، فلا يفسخ إلا بعذرٍ ، والعذر أن يمرض العامل ، أو يلحق صاحب الأرض[١] دينٌ على ما قدّمنا[٢] .



(١) في ب (النخل).

(٢) انظر: الأصل ٩/٥٣٦.



بَابُ
ما يفسد المزارعة من الشروط وما لا يفسده

إذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ أرضًا له سنته هذه علىٰ أن يبذرها ويعمل فيها ، فما أخرج الله تعالىٰ منها فهو بينهما نصفان ، واشترط ربّ الأرض علىٰ المزارع الحصاد ، فإنّ هذه مزارعةٌ فاسدةٌ ؛ لأنّ الحصاد ليس مما يجب علىٰ المزارع ، إنّما عليه أن يقوم عليه حتىٰ ينتهي إلىٰ الغاية التي يبلغ فيها الزرع وييبس ، والحصاد عليهما علىٰ قدر مالهما من الزرع ، وكذلك لو اشترط مع الحصاد رفعه إلىٰ البيدر ، كان قد اشترط عليه ما ليس عليه .

وكذلك لو اشترط عليه [التَّذرِية][1] والدِّياس ، وأيّ شرطٍ من هذا فهو يفسد المزارعة ، وكذلك لو كان البذر من قبل ربّ[2] الأرض .

وما كان بعد بلوغ الزرع وتناهيه وجفافه فهو عليهما جميعًا حتىٰ يقتسماه ، فإذا اقتسماه لزم كلّ واحدٍ منهما في نفسه خاصّةً الحمل والحفظ دون الآخر ، وهو علىٰ ثلاثة وجوه:

ما كان قبل بلوغ الزرع ممّا يحصل به الزرع ، فهو علىٰ العامل ، وما كان بعد تناهي الزرع فهو عليهما ، وما كان بعد القسمة فهو علىٰ كلّ واحدٍ منهما في نصيبه

---

(١) في أ (البذرية) ، والمثبت من ب .
والتَّذرية: من «ذرّيت الطعام تذرية: إذا خلصته من تِبْنِه» . المصابح (ذرو) .
والدِّياسة: من داس الطعام يدوسه دياسةً ، والدِّياسة في الطعام: أن يوطأ بقوائم الدواب ، أو يكرر عليه المِدْوَس» . المغرب ؛ مختار الصحاح (دوس) .
(٢) في ب (صاحب) .




خاصّةً دون صاحبه.

وروىٰ ابن سَمَاعة وبِشر عن أبي يوسف: أنهما إذا شرطا الدِّياس والرِّفاع(١) والحصاد من الوسط، فهو جائز، ولو شرطا ذلك علىٰ الدخيل كان جائزًا أيضًا، بمنزلة رجلٍ أخذ مالاً مضاربةً، فشَرط النفقة علىٰ المال، وكذلك النفقة علىٰ الدخيل، وإن شرط علىٰ الدخيل حملان الطعام إلىٰ موضعٍ قد سمّاه، أو إلىٰ منزل ربّ الأرض، فإنّ هذا يفسد الإجارة.

أمّا وجه رواية الأصول: فلأنّ عقد المزارعة يقع علىٰ عملهما، ومتىٰ [٤٢٧/ب] تناهىٰ الزرع فلم يبق هناك عملٌ يقع به النماء، وإذا تمّ العقد صار الزرع مشتركًا بينهما، والعمل فيه عليهما، وإذا شرط علىٰ أحدهما فقد شرط عليه ما لا يقتضيه العقد، (فيفسد ذلك العقد)(٢)، وإنّما جُعل العمل علىٰ ثلاثة أقسام؛ لأنّ ما قبل بلوغ الزرع هو عمل المزارعة، فيختصّ به المزارع، والحصاد والدّياس عملٌ في مالٍ مشترك ليس له تعلّقٌ بالمزارعة، فيكون علىٰ قدر المِلْكَيْن، وما بعد القسمة ملك كلّ واحدٍ منهما قد تميّز عن ملك الآخر، فنفقته عليه.

لأبي يوسف ـ وهو اختيار شيوخنا بخراسان: نصير بن يحيىٰ، ومحمد بن سلمة ـ أنّ التعارف في المزارعة قد حصل علىٰ أنّ الحصاد والدِّياس والتذرية علىٰ العامل، واستحسنوا في جوازه لعمل الناس، كما استحسنوا في الاستصناع(٣).

---

(١) «ورَفْعُ الزرع: أن يُحْمَل بعد الحَصَاد إلىٰ البيدر، يقال: هذه أيام رفاع بالفتح والكسر». كما في مختار الصحاح، (رفع).

(٢) في ب (فيفسده) فقط.

(٣) في ب (الاستبضاع)، وليس بمنسجمٍ مع العبارة.
والاستصناع لغة: طلب صنع الشيء. وفي الاصطلاح: هو العقد علىٰ مبيع موصوف في الذمّة، اشترط فيه العمل. إلّا أن الفقهاء اختلفوا في تكييفه الفقهي: فقال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع،=

وأمّا حمل الطعام بعد القسمة فلم يتعارف الناس شرطه على[1] المزارع، فبقي على أصل القياس.

قال عطفًا على رواية الأصل: فإن بلغ الزرع حتى صار قصيلاً[2] وأجمعا[3] على أن يقصلاه ويبيعاه قصيلاً، فإنّ حصاد القصيل وبيعه على قدر مال كلّ واحدٍ منهما في الزرع؛ وذلك لأنّهما اتفقا على قطعه، فقد أسقطا ما بقي من عمل المزارعة، فكأنّها انتهت، فيكون القطع كالحصاد بعد التناهي.

وكذلك إذا دفع نخلاً معاملةً، فكلّ عملٍ كان قبل أن يصير التمر تمرًا فهو على العامل، وما كان بعد ذلك فهو عليهما على قدر [ما لكلّ][4] واحدٍ منهما من الثمرة؛ لأنّ ما قبل تناهي العمل يحصل به النماء فهو عمل المساقاة، وكان[5] على العامل، فإذا صار تمرًا فقد انتهى العمل، فما بعد ذلك عليهما.

وهذا على الروايتين: أنّ الجذاذ لا يلزم العامل؛ لأنّ القياس في الحصاد والجذاذ واحدٌ، وإنّما ترك أبو يوسف القياس في الحصاد لعمل الناس، ولم يوجد ذلك في المعاملة؛ لأنّ الثمرة إذا بلغت تولّى صاحب النخل التصرف فيها[6].

= وقيل: هو وعد ملزم للصانع، وقيل: هو عقد ملزم للطرفين، وقيل: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار الرؤية. انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية؛ معجم لغة الفقهاء. (استصناع).

(١) في ب (في).

(٢) «القَصيل: وهو الشعير يُجَزُّ أخضر لِعَلَف الدواب، قال الفارابي: سُمّي قَصيلاً؛ لأنه يُقْصَل وهو رَطْبٌ». المصباح المنير (قصل).

(٣) في ب (فاجتمعا).

(٤) في أ (مال كل)، والمثبت من ب، وهو أليق بالسياق.

(٥) في ب (فهو).

(٦) انظر: الأصل ٩/٥٥٠ وما بعدها.

بَابٌ آخر
من الشروطِ في المزارعةِ

قال: وإذا دفع الرجل أرضًا مزارعةً بالنّصف [سنته هذه][1] على أنّ البذر والعمل من قِبَل[2] العامِل الذي يعمل، فقال صاحب الأرض: أكرِبْها[3] ثم ازرعها، وقال الآخر: ازرعها بغير كِراب، فإنّه يُنظر في ذلك: فإن كانت الأرض تُزرع بغير كِرابٍ ويخرج زرعها، إلا أن الكِراب أجود، فذلك إلى المزارع: إن شاء كربها، وإن شاء لم يكرِبها، وإن كانت لا يخرج زرعها إلا بكرابٍ، لم يكن له أن يزرعها إلا بكرابٍ، فإن كانت تخرج شيئًا قليلاً، فإني أنظر إلى ذلك: فإن كان مثل ما يخرج للناس أَجزت ذلك للمزارع، وإن كان ممّا لا يعمل الناس، أجبرت المزارع على الكِراب.

وكذلك إن زرع فقال: لا أسقي زرعه حتى تسقيه السماء، نظرت: فإن كان يُسقى بماء السماء، إلا أنّه إن سُقي كان أجود للزرع، لم أجبره على السقي، وإن كان مما لا يكتفي بسقي السماء أجبرته على السقي.

وكذلك لو كان البذر من قبل ربّ الأرض؛ وذلك لأنّ العقد وقع على الزارعة[4]، ولم يشترط فيها كيفية العمل، فالمستحق أدنى ما يتناوله الاسم، فإذا

(١) في أ (سنةً)، والمثبت من ب، وهو أوضح.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) (الكرب: إثارة الأرض للزرع، كالكراب). القاموس المحيط (كرب)

(٤) في أ (المزارعة)، والمثبت من ب، وهو أولى لأن العقد مزارعةٌ على الزراعة.

كانت تخرج زرعًا يقصد[1] مثله بغير كرابٍ ولا بسقي، فذلك عملٌ يتناوله اسم المزارعة، فهو المستحَقّ بالعقد، وما زاد على ذلك لا يُعلم استحقاقه، فإن كانت الأرض لا تنبت بغير كرابٍ ولا سقيٍ، أو تنبت شيئًا قليلاً لا يقصده الناس، فذلك ليس بعملٍ للمزارعة، فلا يمكن العامل الاقتصار عليه.

قال: ولو كان شرط في أصل المزارعة الكِراب لزمه في الوجهين؛ لأنّه شرط عقدًا بصفةٍ، فلزمه الوفاء [بها]، وإن كان إطلاق العقد لا يوجبها، وهذا كمن باع عبدًا خبازاً، فوجده المشتري لا يحسن الخَبْز. كان له الخيار، وإن كان إطلاق العقد لم يثبت له الخيار.

وكذلك قال أصحابنا ـ فيمن أَسْلَم في طعامٍ وشرط تسليمه ببغداد: كان على المُسلَم إليه أن يدفعه في أي أطراف المصر شاء، ولو شرط أن يُسلّمه في منزل ربّ السَّلم، لزمه ذلك وإن لم يقتضه الإطلاق.

قال: ولو شرط في عقد المزارعة أن يكربها أو يُثَنِّيَهَا[2]، فالمزارعة فاسدةٌ، وقد تكلّم أصحابنا في هذه المسألة فقالوا: إن كان الثُّنيان يُنتفع به في السنة [الثانية]، فقد شرط منفعةً تبقى لربّ الأرض بعد المزارعة، فلا يجوز، كما لو شرط أن يهب له شيئًا، وعلى هذا: لو شرط أن يُسرقِنَها[3]، وقد أشار محمدٌ إلى هذه العلّة.

---

(١) في ب (بعمل).

(٢) (الثني: الأمر يعاد مرتين). مختار الصحاح (ثني)، وقال المرغيناني في الهداية (٣/٢٤٣): (المراد بالتثنية أن يردها مكروبةً، وقيل: أن يكربها مرتين).

(٣) (يُسَرْقِنها: أي يجعل السرقين عليها، وهو الزبل، وهو معرّبٌ، ويقال له: السرجين). مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/٥٤١)



ومن أصحابنا من قال: إنّه أجاب على عادةٍ شاهدها بالكوفة، أنّ منفعة الثُّنيان تبقى للسنة الثانية، وهذا يختلف باختلاف البلاد، فإن كان العقد في بلدٍ لا تبقى منفعة الثّنيان، فشرطه جائزٌ كشرط الكِراب[1].

ومن أصحابنا من قال: معنى هذا أنّه شرط على المزارع أن يثنّيها بعد الحصاد حتى يذرها[2] مكروبةً، فهذا شرطٌ لا يقتضيه العقد؛ لأنّه عملٌ تبقى منفعته للسنة الأخرى، وليس هو من عمل هذه المزارعة.

فأمّا إذا شرط الثُّنيان ابتداءً قبل الزراعة، فهذا من عمل المزارعة، فشرطه لا يفسدها.

قال: وكذلك إن شرط [على] العامل عمل الْمُسَنَّيَاتِ[3]، وكرب الأنهار؛ لأنّ هذا ممّا تبقى منفعته بعد تقضي العقد.

قال: ولو دفع الرجل إلى الرجل أرضًا وبذرًا على أن يعملها سنته هذه على أنّه إن زرعها بغير كِراب، فما أخرج اللهُ تعالى من شيءٍ فهو بينهما أرباعًا، لربّ الأرض والبذر ثلاثة أرباعه، وللمزارع ربعه[4]، [فإن كان كربها ثمّ زرع، فهو بينهما أثلاثاً، لربّ الأرض ثلثاه، وللمزارع ثلثه]، فإن [كان] كرب وثنّى ثمّ زرع، فما خرج فهو بينهما نصفان، فهذه مزارعة جائزةٌ، وهو على ما اشترطا.

قال رحمه الله[5]: وقد طُعن في هذه المسألة، وقيل: إنّ جوابها خطأٌ، والصحيح

---

(١) في ب (الكرام).

(٢) في ب (يردها).

(٣) (المسناة: حائطٌ يبنى في وجه الماء، ويسمى السد). المصباح المنير (سنن)

(٤) في أ (وللمزارع ثلاثة أرباعه).

(٥) هذه العبارة ساقطة من ب.

أنّه إن زرعها بغير كِراب أو بكِراب فهو على ما اشترطا، وإن كرب وثنّى فالعقد فاسدٌ؛ لأنّه خيّره بين ثلاثة أعمال؛ جائزين وفاسدٍ، فإن اختار الجائز، صحّ، وإن اختار الفاسد، فسد.

ووجه ما في الأصل: أنّ شرط التثنية إنّما يفسد(١)؛ لأنّه أوجب على المزارع عملاً لا تقتضيه المزارعة، وتبقى منفعته، وفي مسألتنا خيّره بين أن يثنّي، وبين أن لا يثنّي، فلم يوجب عليه ذلك؛ فلهذا صحت الشروط الثلاثة.

قال: [٤٢٨/أ] فإن زرع بعضها بغير كرابٍ، وبعضها بكرابٍ، وبعضها بكرابٍ وثُنيان، فهذا جائزٌ كلّه، وما زرع بغير كرابٍ فهو بينهما أرباع، وما زرع بكراب فهو بينهما أثلاث، وما زرع بثُنيان فهو بينهما نصفان؛ وذلك لأنّه لمّا خيّره بين الأعمال الثلاثة، فقد جوّز له كلّ واحدٍ منها في الأرض، فإذا فعله في بعض الأرض جاز على الشرط.

قال: ولو قال: على أنّ [ما] زرع [منها] بغير كِرابٍ، فللمزارع ربعه، وما زرع بكِرابٍ فله ثلثه، وما زرع بثُنيان فله نصفه، فهذا جائزٌ.

قال ﷺ: وقد قيل: إنّ هذا كلّه خطأٌ، والصحيح أن تكون الشروط كلّها فاسدةً؛ لأنّ قوله: «منها» يقتضي التبعيض، فكأنّه شرط أن يزرع بعضها بكذا، وبعضها بكذا، وذلك البعض مجهولٌ، فلا تصحّ المزارعة.

وقد ذكر محمدٌ فيمن دفع أرضًا على أن يزرعها العامل [ببذره](٢): فما زرع منها حنطةً فله منه الثلث، وما زرع منها شعيرًا فله نصفه، وما زرع منها

(١) في ب (يفسدها).

(٢) في أ (بيده)، والمثبت من ب.



سِمْسِمًا فله ثلثاه: إنّ العقد فاسدٌ؛ لأنّه عقد على كل نوعٍ في بعض الأرض، وذلك البعض مجهولٌ.

ووجه المسألة: أنّ المزارعة عقدٌ بُني على المسامحة للحاجة إليه، فإذا شرط الحنطة والشعير، فالجهالة في جنس العِوض، وذلك جهالةٌ كثيرةٌ، فيمنع من صحة العقد.

أمّا إذا قال: على أنّ ما زرعت منها بكِراب فبكذا، فالجنس المزروع للمزارع[1] واحدٌ، وإنّما الجهالة حاصلةٌ في الصفة، فقد خفّت الجهالة، فلم تمنع من صحة العقد.

قال: وإن دفع إليه أرضًا على أن يزرعها سنته هذه ببذره ونفقته، على [أنّه] إن زرعها حنطةً، فالخارج بينهما نصفان، وإن زرعها شعيراً فللعامل الثلث، وإن زرعها سِمْسِمًا فللعامل الربع، فهي مزارعة جائزة؛ لأنّه خيّره بين أعمالٍ ثلاثةٍ، كلّ واحدٍ منها جعل له بدلاً معلومًا، فصار كقوله: إن خطته روميًا [فبنصفٍ][2]، وإن خطته فارسيًا فبدرهمٍ.

وليس هذا عند أبي يوسف ومحمدٍ كقوله: آجرتك هذا الدكان، فإن جلست فيه طحانًا فبدرهمٍ، وإن جلست فيه خبازًا فبنصفٍ؛ لأنّ الأجرة تجب بالتخلية بينه وبين الدكان، وهو لا يدري عند التخلية هل يكون طحانًا أو خبازًا، فصارت الأجرة مجهولةً عند وجوبها.

وفي مسألتنا إنّما يحصل البدل بخروج الزرع، وقد تغيّر البذر، فيصير

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (فبنصفه)، والمثبت من ب.



[معلوماً][(1)] عند الوجوب.

قال: فإن زرع بعضها حنطةً وبعضها شعيرًا وبعضها سمسمًا، كان ذلك جائزًا؛ لأنّه جعل له أن يزرع جميع الأرض كلّ واحدٍ من الأنواع، فإذا زرع البعض، فقد فعل ما يتناوله العقد.

قال: وكذلك لو قال: على إنّ ما زرعت فيها حنطةً أو ما زرعت فيها شعيرًا؛ لأنّ هذا ممّا لا يقتضي التبعيض، فهو كقوله: على أنك إن زرعتها، قال: وإن قال: على أن تزرع بعضها حنطةً وبعضها شعيرًا وبعضها سمسمًا، فما زرع منها حنطةً فهو بينهما نصفان، وما زرع منها شعيراً فللمزارع ثلثاه، ولصاحب الأرض الثلث، وما زرع منها سمسماً فلصاحب الأرض ثلاثة أرباعه، وللمزارع ربعه، فهذا كلّه فاسدٌ، والمزارعة فاسدةٌ.

والوجه في ذلك ما بيّناه: أنّه عقد على بعض الأرض في كلّ نوعٍ، وذلك البعض مجهولٌ.

قال: وكذلك لو قال: خذ هذه الأرض على أنّ ما زرعت منها حنطةً فبكذا، وما زرعت منها شعيرًا فبكذا، وما زرعت [منها] سمسمًا فبكذا؛ لأنّ «من» يقتضي التبعيض، والتبعيض مجهولٌ، وقد بيّنا الفرق بين هذا وبين الكِراب والثُّنيان[(2)].



(١) في أ (فعلها)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) انظر: الأصل ٩/٥٥٤ وما بعدها.

بَابُ
ما يكون عذرًا في فسخ المزارعةِ

[قال]: وإذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ أرضه سَنَتَه هذه علىٰ أن يزرعها العامل [ببذره][١]، فما أخرج الله تعالىٰ من شيءٍ فهو بينهما نصفان، ثم أراد صاحب الأرض أخذ أرضه قبل أن يعمل فيها أو بعدما عمل، فليس له ذلك، إلا أن يكون عليه دينٌ ليس عنده وفاءٌ إلا ببيع أرضه؛ وذلك لما قدّمنا: أنّ الوفاء بالعقد ليس فيه إتلافُ مالٍ لربّ الأرض، فلزمه الوفاء به إلا من عذرٍ، فأمّا الدين فهو عذرٌ؛ لأنّه يستضرّ بالبقاء في الحبس، فكان له الفسخ.

فإن كان العامل قد كرب الأرض وكرىٰ سواقيها وحفر أنهارها، وسوّىٰ مُسَنَّاتِهَا، فقال صاحب العمل: ردّ علي ما أنفقت، لم يكن لصاحب العمل قليلٌ ولا كثيرٌ؛ وذلك لأنّ المنافع لا قيمة لها إلا بالعقد، ولم يقوّماها إلا بالخارج من الأرض، فإذا لم يحصل ذلك لم يتقوّم بغيره؛ ولأنّ العامل عمل فيما هو شريكٌ فيه، والعمل المشترك لا يستحقّ به أجرةً.

قال: فإن زرعها العامل ونبت زرعها فلم يبلغ الحصاد، ثم أراد أخذ الأرض وبيعها في دينه، فليس له أن يبيع الأرض حتىٰ يستحصد الزرع؛ لأنها إن بيعت في دينه أضرّ ذلك بزرع الزارع، فإن كان حبسه القاضي أخرجه حتىٰ يبلغ الزرع، ولا يحول بين أصحاب الدين وبين لزومه.

---

(١) في أ (بيده)، والمثبت من ب.



فإذا استحصد ردّه القاضي إلىٰ السجن حتىٰ يبيع الأرض ونصيبه من الزرع، ويُوَفِّيَ ما عليه من الدين؛ وذلك لأنّ فسخ العقد إنما يثبت لنفي الضرورة عن صاحب الأرض، ولو فسخت بعد الزراعة ألحقنا الضرر بالزارع؛ ولأنّ الزارع زرع بحقٍّ، فلا يجوز أن نقطع[1] زرعه، بل تبقية العقد فيه منفعةٌ للمزارع وللغرماء؛ لأنّ المال يزيد بحصول الزرع، فلذلك تُرك العقد بحاله.

ولا يُحبس صاحب الأرض؛ لأنّه ممنوعٌ عن [بيع][2] الأرض، والحبس إنما يثبت لامتناعه مما يقدر عليه، فأمّا ما لا يقدر عليه فلا يجوز أن يُحبس به، فإذا استحصد الزرع فقد أمكنه البيع، فيحبسُ حتىٰ يبيع.

قال: وإذا دفع إلىٰ رجلٍ أرضًا علىٰ أن يزرعها ثلاث سنين ببذره وبقره وعمله، علىٰ أنّ ما أخرج الله منها من شيءٍ فهو بينهما نصفان، فنبت الزرع ولم يستحصد حتىٰ مات ربّ الأرض، فأراد ورثته أخذ أرضه، فليس لهم ذلك، ولكنّ الأرض تُترك في يد المزارع حتىٰ يستحصد الزرع، فإذا استحصد قسّموه علىٰ شرائطهم، وقد انتقضت المزارعة فيما بقي من السنين؛ ذلك لأنّ موت ربّ الأرض يوجبُ نقل الملك فيها إلىٰ ورثته، ولم يعقدوا علىٰ [منافعها][3]، فلم يجز أن يستحقّ عليهم منافع ملكهم بغير اختيارهم، فلهذا فسخنا الإجارة بالموت.

إلا أنهم استحسنوا: إذا كان في الأرض زرعٌ؛ لأنّ في تبقية العقد إيفاء الحَقَّين، ألا ترىٰ أنّ الزارع يسلم له الزرع، ويسلم للورثة أيضًا نصيبُ الميت،

(١) في ب (يقلع).
(٢) في أ (بعض)، والمثبت من ب.
(٣) في أ (منافعهم)، والمثبت من ب.



وفي فسخ العقد إلحاق ضررٍ بأحدهما، فكان نفي الضرر عنهما أولىٰ [٤٢٨/ب].

وأمّا ما بقي من السنين فلا حاجة بنا إلىٰ تبقية العقد فيها، فيُحمل علىٰ القياس.

قال: ولو مات ربّ الأرض قبل أن يزرع الزارع بعدما كرب وحفر الأنهار وأصلح المسنيّات، انتقضت المزارعة، وأخذ الورثة الأرض، ولم يكن عليهم في نفقة المزارع قليلٌ ولا كثيرٌ؛ لأنّه ليس في الفسخ إتلاف مالٍ للمزارع، فلم يجز أن يبتدئ الزراعة حتىٰ يوفي حقّ المزارع.

وأما الكِراب، فقد بيّنا أنه لم يتقوّم إلا بالخارج من الأرض؛ ولأنّه عملٌ وقع علىٰ وجه الشركة.

قال: ولو كانت المسألة علىٰ حالها، فأخّر المزارع الزرع حتىٰ زرع في آخر السنة، فانقضت السنة والزرع بَقْلٌ لم يستحصد، فالزرع بين المزارع وصاحب الأرض نصفان، والعمل فيما بقي حتىٰ يستحصد عليهما، وعلىٰ الزارع العامل أجر مثل الأرض [لصاحب الأرض]؛ وذلك لأنّ المدّة لمّا انقضت وجب قطع[1] الزرع، إلا أنّ في قطعه[2] ضررًا عليهما، وفي تبقيته في الأجر إيفاء حقّهما، فوجَب أن يترك علىٰ حاله كما قالوا في مدّة العارية والإجارة إذا انقضت وفي الأرض زرعٌ.

وإنّما كان العمل عليهما وعلىٰ العامل الأجرة؛ لأنّ المزارعة انقضت بذهاب مدّتها، وصارَ هذا عملاً في مالٍ مشتركٍ، فيلزم الشريكين، وليس هذا

(١) في ب (قلع).
(٢) في ب (قلعه).

كموت ربّ الأرض ؛ لأنّ الموت أوجب فسخ العقد ، إلا أنّا أبقيناه للعذر ، ألا ترىٰ أنّا نفسخ هذا العقد للعذر ، فإذا بقي العقد كان العمل علىٰ العامل في المدّة علىٰ ما اقتضاه العقد ، وهذا كما قالوا في الحمّال إذا مات في بعض الطريق: [أنّ المستأجر][1] يمضي إلىٰ مكّة بالمسمّىٰ ، [فيبقىٰ العقد للعذر ، كما فسخوه في العذر][2] .

قال: فإن أراد ربّ الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً ، لم يكن له ذلك ؛ لأنّه مشتركٌ بينهما ، وفي أخذه إسقاط حقّ المزارع ، فلم يجز ذلك .

قال: وإن أراد المزارع أخذ الزرع بقلاً ، قيل لصاحب الأرض: اقلع الزرع ، فيكون الزرع بينكما ، أو أعطه قيمة حصّته ، أو أنفق أنت علىٰ الزرع كلّه ، وارجع بما تنفق في حصّته ؛ وذلك لأنّ المزارع إذا اختار ترك العمل فقد أسقط حقّ نفسه ، ولا يجبر علىٰ العمل ، ويبقىٰ الزرع مشتركًا ، ولا سبيل إلىٰ تمييزه إلا بالحصاد ، فيحصد حتىٰ يتميّز بالقسمة .

فإن اختاره صاحبُ الأرض إن هلك يغرم له قيمة نصيبه من الزرع ، فله ذلك ؛ لأنّه قد رضي بأخذ حقّه قصيلاً ، فإذا أعطيناه قيمته ، حصل له ما رضي به ، ولم يضرّ بصاحب الأرض ، فإن اختار ربّ الأرض أن ينفق علىٰ الزرع ويرجع بالنفقة فيه ، فله ذلك ؛ لأنّ هذا مالٌ مشتركٌ يتلف بترك الإنفاق ، فكان لأحدهما أن ينفق عليه ، كالعبد المشترك إذا امتنع أحد الشريكين من الإنفاق عليه وبذل ذلك الآخر .

---

(١) في أ (أو المستأجر) ، والمثبت من ب ، وهو أليق .

(٢) في أ (فبقوا للعذر ، كما فسخه للعذر) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .



قال: وإذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ أرضًا وبذرًا علىٰ أن يزرعها ببذره هذه السنة فما أخرج الله تعالىٰ من ذلك من شيءٍ فهو بينهما [نصفان]، وكَربها المزارع وحفر أنهارها، ثم إنّ ربّ الأرض بدا له أن لا[1] يزرعها فله ذلك، ولا شيء للعامل في عمله من الكِراب وغيره.

ولو أراد العامل أن يدع[2] الأرض ولا يزرع، لم يكن له ذلك، وهذا علىٰ ما قدّمنا: أنّ صاحبَ البذر لا يجبر علىٰ الوفاء بالعقد، والعامل يُجبر علىٰ ذلك.

وأمّا سقوط الأجرة للكِراب، فقد بيّناه، ومن أصحابنا من قال: إنّما تسقط الأجرة في الحكم، فأمّا فيما بين صاحب الأرض وبين الله تعالىٰ فلا يحلّ له أن يفعل ذلك، بل يجب أن يغرمَ له العِوض؛ لأنّه غرّه في دفع الأرض [إليه] حتىٰ استوفىٰ منافعها، والتغرير بالمسلم حرامٌ، فهو ـ وإن لم يلزمه ذلك في القضاء ـ مؤاخذٌ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، فعليه أن يسترضي العامل.

قال: وإذا انقضت السنة والزرع لم يستحصد، تُرك علىٰ حاله حتىٰ يستحصد، وعلىٰ المزارع أجر مثل نصف الأرض، والنفقة عليهما، وإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه ولا بأمر قاضٍ فهو متطوعٌ؛ وذلك لأنّه أنفق علىٰ ملك غيره بغير أمره[3]، ولأنّه لا ولاية له عليه، فلم يصر ذلك دينًا.

قال محمدٌ: ولا يتصدّق واحدٌ ممّن ذكرت لك في هذه المسائل بشيءٍ من الزرع، يعني إذا مات صاحب الأرض في بعض السنة، أو إذا انقضت السنة

---

(١) (لا) سقطت من ب.

(٢) في ب (يترك).

(٣) في ب (إذنه).

والزرع بقلٌ ؛ لأنّ: تبقية العقد[1] ليس بمحظورٍ ، وإنّما يبقىٰ بحكم الحاكم ، ومن حصل له المال من وجهٍ غير محظورٍ ، لم يلزمه أن يتصدّق بشيءٍ.

قال: وإذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ أرضًا علىٰ أن يزرعها ببذره وبقره ، فما أخرج الله تعالىٰ من شيءٍ فهو بينهما نصفان ، فزرع الأرض ، فلما نبت قبل أن يستحصد مات المزارع ، فقال ورثته: نحن نعملها حتىٰ يستحصد الزرع ، فأبىٰ ذلك ربّ الأرض ، فالأمر في ذلك إلىٰ ورثة المزارع ، يعملونها ، فما أخرج الله تعالىٰ [من ذلك من شيءٍ] ، فهو بينهما علىٰ ما شرطا في أصل المزارعة.

ولا أجر عليهم إن عملوها بقضاء قاضٍ أو بغير قضاءٍ ؛ وذلك لأنّ المزارع لمّا مات انقضت المزارعة بموته ، ألا ترىٰ أنّا لو بقّيناها ألزمنا الورثة العمل ، ولم يرضوا به ، فإذا اختاروا العمل فلا ضرر في ذلك علىٰ ربّ الأرض ، وعليهم في قلع الزرع ضررٌ ، فوجب تبقية العقد للعذر ، فإذا بقي العقد لم تلزمهم أجرةٌ.

قال: فإن أراد الورثة قلع الزرع ، لم يجبروا علىٰ العمل ، وقيل لصاحب الأرض: اقلعه فيكون بينكم ، أو أعطهم قيمة حصّتهم ، والزرع كلّه لك ، أو أنفق علىٰ حصّتهم ، ويكون نفقتك في حصّتهم ، وذلك لأنّا بقّينا العقد لحقهم.

فإذا اختاروا القلع لم يجز أن يجبرهم[2] علىٰ العمل بغير اختيارهم ، وبقي الزرع علىٰ الشركة ، ولا يمكن قسمته إلا بعد الحصاد ، وإن اختار صاحب الأرض أن يدفع قيمة حصّتهم أو ينفق جميعه ، فله ذلك علىٰ ما قدّمنا[3].

---

(١) في ب (الزرع).

(٢) في ب (يلزمهم).

(٣) انظر: الأصل ، ٥٦٢/٩ وما بعدها ، ١٦٨/١٠ وما بعدها.

بَابُ
المعاملةِ في النخلِ والشجرِ والكَرْم والرِّطابِ والثمارِ

قال: وإذا دفع [الرجل] إلىٰ رجلٍ نخلاً له معاملةً، علىٰ أن يقوم عليه ويلقّحه ويسقيه سنين معلومةً، علىٰ أنّ ما أخرج الله تعالىٰ [من شيءٍ] من ذلك فهو بينهما نصفان، أو شرط للعامل الثلث أو الربع، فهو جائزٌ، وهذا علىٰ قول أبي يوسف ومحمدٍ.

وأمّا علىٰ قول أبي حنيفة: فالعقد فاسدٌ؛ لما روي: «**أنّ النبي ﷺ نهىٰ عن المخابرة**»[1]؛ لأنّه استئجار [بجزء][2] من المعمول [فيه، كنفقة][3] الطحّان، ولأنّه جعل في مقابلة[4] عمل العامل النماء المتولّد[5] من نخله، فصار كما لو قال: اعمل في هذا النخل بما يُخرج هذا النخل الآخر [٤٢٩/أ].

وجهُ قولهما: «**أنّ النبي ﷺ عامل خيبر بنصف ما يخرج من تمرٍ وزرعٍ**»[6]؛ ولأنّ الحاجة تدعو إلىٰ المعاملة، فسومح العقد للضرورة، كما جازت الإجارة علىٰ المنافع المعدومة لمّا تعذّر [إيجادها][7] للعقد عليها.

---

(١) سبق تخريجه. «والمُخَابَرة: وهي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض». مختار الصحاح، (خبر).

(٢) في أ (نخل) والمثبت من ب.

(٣) ما بين المعقوفتين بياضٌ في أ.

(٤) في أ (معاملة).

(٥) في ب (الحادث).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) في أ (إعادتها)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.

وقد قال أبو يوسف ومحمدٌ: إنّ المعاملة في سائر الشجر وفي [الرِّطاب][(١)] جائزةٌ.

وقال الشافعي: لا تجوز إلا في النَّخْلِ والْكَرْم[(٢)].

وهذا فاسد؛ لأنّه عامل ﷺ أهل خيبر على نصف الثمر، وهي بلادٌ كبيرةٌ، ولا تجوز أن تختصّ بالنخل والكرم خاصّةً؛ ولأنّ سائر الشجر تدعو الضرورة إلى المعاملة فيه، وتحصيل النماء منه بالعمل، فصار كالنخل، والشافعي لا يصح له في هذا الكلام، إلا أن يلتزم تخصيص العلّة، فيقول: القياس يمنع من جواز هذا العقد، وإنما تركت القياس في النخل والكرم لعقد النبي ﷺ، فما سواه على أصل القياس، وهو لا يرى تخصيص العلة.

قال: فإن أراد صاحب النخل، أو الشجر، أو الكرم، أو الرطبة، أن يخرج العامل من ذلك، لم يكن له ذلك إلا من عذرٍ؛ لما بيّنا: أنّ البقاء على هذا العقد ليس فيه إتلاف مالٍ على واحدٍ منهما، فلزمه الوفاء به.

قال: والعذر ما قدّمناه، ومن العذر: أن يكون العامل سارقًا معروفًا بالسرقة، فيخاف على فسادِ النخل، وأَخْذ سعفه، فيكون هذا عذراً لصاحب النخل أن يخرجه؛ لأنّه لا يقدر على إبقاء[(٣)] العقد إلا بضررٍ، وإن مرض العامل فهو عذرٌ؛ لأنّ المرض يمنع من تسليم المنافع المعقود عليها.

---

(١) في أ (الرمان)، والمثبت من ب، وهو المناسب في بيان حكم المسألة.

والرِّطاب ـ غير البقول ـ: «هو القِثّاءِ والبِّطّيخ والباذنجان، وما يجري مجراه». المغرب (رطب).

(٢) انظر: الأم ص١٤٣٢؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ٣٤٢.

(٣) في ب (أن يبقي).

قال: وإذا دفع نخلاً، أو شجرًا، أو كرمًا، ولم يذكر سنين معلومةً، فهذا جائزٌ على أوّل ثمرةٍ تخرج أوّل سنةٍ، أستحسنُ ذلك وأدع القياس فيه.

أمّا وجه القياس: فلأنّه عقد إجارةٍ، فلا يصحّ[١] إلا بذكر مدّةٍ معلومةٍ.

وجه الاستحسان: أنّ العقد يقع على العمل في الثمرة، ولكلّ ثمرةٍ وقتٌ معلومٌ تبتدئ فيه [الثمرة] وتنتهي، والثمرة الأولى يتيقّن دخولها [في][٢] العقد فيجوز فيها، وما بعدها غير متيقّنٍ، فلا يجوز العقد فيه.

قال: وإذا دفع إليه أصول رطبه ثابتة في أرضٍ له معاملةً، ولم يسمّ سنةً ولا أكثر من ذلك، فهذا فاسدٌ، وذلك على وجهين: إن كانت الرطبة ليس لابتداء إنباتها ولا انتهاء جزّها (مدّةٌ معلومةٌ، فالعقد عليها فاسدٌ؛ لأنّه ليسَ للعقد مدّةٌ معلومة.

وإن كان مدّة جزّها)[٣] معلومةً فالعقد جائزٌ، وهو على الجزّة الأولى كما بيّناه في الثمر.

قال: وإذا دفع إليه نخلاً (فيه طلعٌ معاملةً بالنصف، فهو جائزٌ)[٤]، وإن لم يسمّيا شيئًا فهو على المعاملة حتى تبلغ، كذلك [لو دفعه][٥] وقد صار بُسرًا أخضر أو أحمر، إلا أنّه لم يتناهَ عِظَمُه، فهذه معاملةٌ جائزةٌ.

فإن دفعه وقد انتهى عظمه، وليس يزيد على ذلك قليلاً ولا كثيرًا، إلا أنّه

---

(١) في ب (يجوز).

(٢) في أ (أنّ)، والمثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين في ب (فيه طلعٌ معاملاً، فالعقد جائزٌ، وهذه معاملةٌ بالنصف، فهو جائزٌ).

(٥) في أ (ريعه)، والمثبت من ب، وهو أنسب في العبارة.



لم يرطب، فالمعاملة فاسدةٌ، والثمرة لصاحب النخل، [وللعامل أجر][1] مثله.

وكذلك الثمار كلّها؛ وذلك لأنّ الثمرة ما لم تبلغ فللعمل تأثيرٌ في زيادتها، فصار كالابتداء، ولأنّ العقد على ثمرةٍ موجودةٍ (أنفذ من العُوْد)[2] فهو أولى بالجواز، وأمّا إذا تناهى عظمها فليس للعامل تأثيرٌ في النماء، وذلك خارجٌ من باب المعاملة، فلم يصحّ العقد.

على هذا قالوا فيمن دفع أرضًا فيها زرعٌ معاملةً[3]: فإن كان لم يستحصد جاز؛ لأنّ العمل له تأثيرٌ في قيمته، وإن [استحصد][4]، لم يجز؛ لأنّه ليس للعمل فيه تأثيرٌ، فلم يجز العمل[5] عليه[6].



(١) في أ (ولا يعامل أحد)، والمثبت من ب.
(٢) ما بين القوسين في ب (أبعد من التغرير).
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٤) في أ (لم يستحصد)، والمثبت من ب.
(٥) في ب (العقد).
(٦) انظر: الأصل، ١٠/٦١ وما بعدها.

بَابُ
المعاملةِ في النخلِ والشجرِ يكونُ بين رجلينِ أو يدفعُ إلى رجلين

قال: وإذا كان النخل بين رجلين فدفعه أحدهما إلىٰ صاحبه [معاملةً] سَنَتَه هذه علىٰ أن يقوم عليه ويسقيه، فما أخرج الله تعالىٰ من ذلك من شيء فهو بينهما: للعامل ثلثاه، وللآخر ثلثه: فهذه معاملةٌ فاسدةٌ، فإن عمل العامل علىٰ هذا فأخرج النخل تمراً كثيراً، فجميع ما أخرج النخل من ذلك فهو بينهما نصفان، ولا يتصدّق واحدٌ منهما بشيءٍ منه، ولا أجر للعامل علىٰ شريكه في عمله؛ وذلك لأنّ المساقاة عقد إجارةٍ، والاستئجار للعامل علىٰ ما هو شريكٌ[1] فيه لا يصحّ، ولا يجب فيه أجرٌ علىٰ ما بينّاه في الإجارة، وإذا لم يصحّ العقد استحقّا الخارج بملكهما، فيكون بينهما علىٰ قَدْرِ المِلْكَيْن.

وقد ذكر محمدٌ في المزارعة: في أرضٍ بين شريكين دفعها أحدهما إلىٰ الآخر علىٰ أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج، جازت المزارعة، هكذا في أكثر النسخ.

والفرق بين المزارعة والمساقاة أنّ الشركة في البذر ليست متقدمةً علىٰ العقد، فلم يكن ذلك استئجارًا علىٰ ما هو شريكٌ فيه، والشركة هاهنا حاصلةٌ في النخل؛ فلذلك لم تصحّ المعاملة عليه، وقد ذكر في بعض نسخ المزارعة: أنّ العقد فاسدٌ، فعلىٰ هذه الرواية لا فرق بينهما.

وإنما لم يَتَصَدَّقْ واحدٌ منهما بشيءٍ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما حصل له الخارج

---

(١) في ب (شريكه).



من ملكه، ولم يستحق شيئًا منه بسببٍ محظورٍ؛ فلذلك لا يتصدّق به.

قال: وإن شرط أنّ الخارج بينهما نصفان علىٰ قدر مالهما في النخل، كان هذا جائزًا علىٰ ما اشترطا؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما شرط لنفسه الخارج من ملكه، فصار العامل مُعِينًا لشريكه في العمل بغير عِوَضٍ، وذلك جائزٌ.

قال: وإن كان الشريك الذي [لم] يعمل أَمَرَ الآخر أن يشتري ما يلقّح به النخل، فاشتراه، رجع عليه بنصف الثمن في المسألتين جميعًا؛ لأنّ العين التي يؤبّر بها مالٌ، فإذا أذن له في ابتياعها واستعمالها في نخله فقد صار قابضًا لها، فيرجع عليه بثمنها بحكم الوكالة.

قال: وإذا دفع الرجل إلىٰ الرجلين نخلاً له علىٰ أن يقوما عليه ويسقياه ويلقحاه بتلقيحٍ[1] من عندهما هذه السنة، فما أخرج الله تعالىٰ من ذلك[2] فهو بينهما أثلاثٌ، فهو جائزٌ، وكذلك لو شرطوا[3] لصاحب النخل النصف، وللعاملين النصف بينهما نصفين؛ وذلك لأنّ المعاملة جائزةٌ علىٰ قولهما: إنَّ العامل أجيرٌ لصاحب النخل، فلا فرق بين أن يستأجر واحداً ليعمل، وأن يستأجر اثنين.

وكذلك لو شرطوا[4] لأحد العاملين بعينه النصف، وللعامل الآخر

---

(١) وتلقيح النخل: تأبيره، «أبّر النخل: ألْقحه وأصلحه إبارًا». كما في المغرب (أبر).
والتأبير: «تلقيح النخل بشقِّ طَلْع النخلة الأنثىٰ، ووضع شيء من طلع النخلة الذكر في هذا الشّقّ». معجم لغة الفقهاء (التأبير).

(٢) (من ذلك) سقطت من ب.

(٣) في ب (شرط).

(٤) في ب (اشترط).

السدس، ولصاحب النخل الثلث، كان هذا جائزًا؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما مُستَأجَرٌ ببعض الخارج، ويجوز استئجار الاثنين ويخالفَ بين [أجرتهما](١).

قال: ولو اشترط لأحد العاملين مائة درهمٍ على ربّ الأرض، وللآخر الثلث ممّا تخرج الأرض، والثلثان لصاحب النخل، كان هذا جائزًا؛ لأنّه يجوز لصاحب النخل أن يستأجر العامل ببعض الخارج، ويجوز أن يستأجر [٤٢٩/ب] بالدراهم، فإذا جمع بين الأمرين، وجعل أحدهما أجيرًا، والآخر معاملاً ببعض الخارج، جاز.

قال: ولو اشترطوا لصاحب النخل الثلث، ولأحد العاملين بعينه الثلثين، وللآخر أجر مثله(٢) على العامل الذي اشترط الثلثين، كان هذا فاسدًا.

وقد ذكر محمدٌ في المزارعة: في رجلٍ دفع أرضه إلى رجلٍ على أن يزرعها، على أنّ لربّ الأرض الثلث، وللمزارع منه الثلثان، وعلى أن يعمل معه فلانٌ بثلثي الخارج له: فالمزارعة جائزةٌ بين ربّ الأرض والمزارع الأول، فاسدةٌ في حقّ الآخر.

فمن أصحابنا من قال: إنّه وَضَعَ مسألة المزارعة: على أنّ الشرط الفاسد لم يكن في نفس العقد يفسدُ في نفسه، (ولم يفسد العقد، ووضْعُ مسألة المساقاة(٣):

---

(١) في أ (أحدهما)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (مائة درهم).

(٣) «المساقاة لغة: مفاعلة من السقي. وشرعًا: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره، وهي كالمزارعة حكمًا، وخلافًا، وشروطًا». اللباب مع الجوهرة ص٤٨١، ومن ثَمَّ لم يجعل المؤلف بابًا للمساقاة، وكذا محمد في الجامع الصغير، وبوّب الطحاوي للمساقاة بدلاً من المزارعة، وجعل مسائلها ضمنا للمساقاة؛ لما بينهما من اشتراك في الأحكام.



على أنّ الشرط كان في العقد يفسد)[1]، فأفسد العقد.

ومنهم من قال: إنّما فرّق بينهما؛ لأنّه شرط للعامل في مسألة المزارعة جزءًا من الخارج، وذلك لا يثبت له، وإنّما يستحقّ أجر المثل[2]، فلم يحصل المعنى المفسد في العقد، وفي مسألتنا شرط للعامل الدراهم، فهي ثابتةٌ له، فلما ثبت الشرط الفاسد أفسد العقد.

ومن أصحابنا من قال: إنّ المساقاة والمزارعة فيهما معنى الشركة ومعنى الإجارة، وإذا قال: على أن يعمل فلانٌ معك بمائة درهمٍ، فقد شرط فيها إجارةً، فغلب معنى الإجارة عليها، [فبطلت][3] بالشروط الفاسدة، وإذا شرط ثلث الخارج فقد غلب عليها معنى الشركة، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإنّما لم يصحّ ما شرط للعامل في المسألتين؛ لأنّ صاحب الأرض والنخل عَقَد مع المزارع، والعامل عقد أو شرط عليه أن يستأجر رجلاً بعينه يعمل معه، فصار عقد الإجارة مشروطًا في عقد المزارعة، فيبطل العقد بالشرط[4].



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (العمل).
(٣) في أ (والإجارة)، والمثبت من ب، وهو أولى بالسياق.
(٤) انظر: الأصل، ١٠/٦٦ وما بعدها.

بَابُ
المعاملةِ يدفعُ ذلك إلى رجل ويأمرُه أن يعمل في ذلك

قال [أبو الحسن]: وإذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ نخلاً معاملةً هذه السنة علىٰ أن يقوم عليه ويسقيه ويلقّحه، فما أخرج الله تعالىٰ من ذلك فهو بينهما نصفان، ولم يأمره أن [يعمل] ذلك برأيه، فدفعه إلىٰ رجلٍ آخر علىٰ أن يقوم عليه ويعمل به ويسقيه ويلقّحه هذه السنة، فما أخرج الله تعالىٰ من ذلك [فهو لصاحب النخل][1]، وللعامل الآخر علىٰ العامل الأوّل أجر مثله فيما عمل بالغًا ما بلغ، ولا أجر للعامل الأوّل؛ لأنّه خالف حين دفع ذلك إلىٰ غيره؛ وذلك لأنّ العامل إذا دفع نخلاً إلىٰ غيره [بغير أمره]، أوجب له شركةً في مال ربّ المال لم يرض بها ربّ المال، ومن أوجب شركةً في مال غيره بغير أمره، فقد تعدّىٰ، فصار كالغاصب إذا عمل في نخل غيره، ولا يستحق أجرةً، وتكون الثمرة لربّ النخل، وأمّا العامل الثاني فقد استوفىٰ العامل الأوّل منفعته بحكم عقدٍ فاسدٍ، فكان له عليه أجر المثل.

فأما قوله: «بالغًا ما بلغ»؛ فهذا قول محمدٍ، وأمّا علىٰ قول أبي يوسف: فيجب له أجر المثل لا يتجاوز به ما شرطه له [من] المسمّىٰ، وهذا علىٰ اختلافهم في شركة الاحتطاب.

قال: فإن هلك الثمر في يد العامل الآخر[2] من غير عمله، وهو في رؤوس

---

(١) في ب (فهو بينهما نصفان).

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

النخل، فلا ضمان على واحدٍ من العاملين في قولهم؛ لأنّ النخل مغصوبٌ بالتسليم إلى العامل الثاني، والثمر نماءٌ من العين المغصوبة، فإذا هلك في يد الغاصب بغير عمله لم يضمنه، كولد المغصوبة، فإن هلك الثمر من عمل الآخر في أمرٍ خالف فيه ما أمره، فالضمان فيه لصاحب النخل على العامل الآخر، ولا ضمان على العامل الأوّل؛ لأنّه لمّا خالف العامل الأوّل لم يقع عمله له، وإنّما وقع لنفسه، فصار متلفًا للثمر على مالكه، فينفرد بضمانه.

قال: وإن كان الثمر هلك في يد العامل الآخر من عمله من أمرٍ لم يخالف فيه ما أمر به العامل الأوّل، فلصاحب النخل أن يُضمّن أيّ العاملين شاء، فإن ضمن الأوّل لم يرجع على الآخر بشيءٍ، وإن ضمّن الآخر رجع على الأوّل بما ضمن؛ وذلك لأنّه إذا لم يخالف في العمل فقد وقع عمله للعامل الأوّل، فكأنهما عملا، ويصير الأوّل كالغاصب الأوّل، والثاني كالغاصب الثاني، فيثبت لربّ النخل الضمان على أيّهما شاء، فإن ضمّن الأوّل لم يرجع على الآخر [بشيءٍ]؛ لأنّ حاصل الضمان عليه، وإن ضمّن الآخر رجع على الأوّل؛ لأنّ عمله وقع له.

قال: ولو كان أمره أن يعمل في ذلك برأيه، وقد شرط ربّ النخل للعامل الأول النصف من الثمرة، ودفعه إلى الثاني على أنّ له الثلث ممّا يخرج من النخل، فهو جائزٌ، وما خرج من ثمره فثلثه للعامل الآخر، وسدسه للأوّل، ونصفه لصاحب النخل؛ وذلك لأنّ ربّ الأرض لما فوّض الرأي إلى العامل جاز تسليم العامل إلى غيره وإن أثبت له شركةً، فإذا جاز التسليم فقد شرط للعامل الثاني بعض حقّه، وهو مالكٌ للشرط في حقّه، ويستحقّ العامل الثاني ما شُرط له من نصيب العامل الأوّل، ولصاحب النخل ما شرط له، وما بقي للعامل الأوّل.

وقد ذكر محمدٌ هذا الباب في الأصل[1]، وزاد في تفريعه، وجعله على أربعة أوجهٍ:

إن كان الشرط [الأوّل والثاني][2] جائزين، فالثمر كله لصاحب النخل، فهي مسألة هذا الباب.

وإن كان الأول شرط له شرطًا فاسدًا مثل أن يشرط له قُفزانًا معلومة، وشرط الأوّل للثاني مثل ذلك، فهما فاسدان، ولا ضمان على العامل الأوّل؛ لأنّه لم تثبت الشركة للعامل الثاني في ملك[3] ربّ الأرض.

وإن كان الشرط الأول جائزًا والثاني فاسدًا، فلا ضمان على المزارع؛ لأنّ الشرط الثاني غير ثابتٍ، فلا تثبت الشركة.

وكذلك إن كان الشرط الأول فاسدًا والثاني جائزًا، لم يضمن العامل الأوّل؛ لأنّه لا يملك بالشرط شيئًا من الخارج [لفساد العقد، فإذا شرط للثاني ثلث الخارج] لم يملك الشرط، فلم تثبت الشركة، فلا يجب الضمان عليه.



(١) انظر: الأصل، ١٠/٨٣، ٨٤.

(٢) في أ (للأول وللثاني)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.

(٣) في ب (مال).



بَابُ
مزارعةِ المرتدِّ

قال أبو الحسن ﷺ: وإذا ارتدّ[1] الرجل عن الإسلام ثم أعطىٰ أرضًا وبذرًا رجلاً مزارعةً هذه السنة، علىٰ أن يزرعها، فما أخرج الله تعالىٰ من ذلك فهو بينهما نصفان، فعمل المزارع علىٰ هذا، وأخرجت زرعًا كثيرًا، وقُتل المرتدّ علىٰ ردّته، فجميع ما أخرجت الأرض للمزارع، وعليه ما نقصت الأرض وبِذْرٌ مثل البذر (الذي قبض)[2].

وكذلك لو لم تخرج [٤٣٠/أ] الأرض شيئًا، لم يكن[3] للمزارع قليلٌ ولا كثيرٌ، وكان عليه مثل البذر الذي زرع، وما نقصت الزراعةُ الأرضَ لورثة المُرتد، وهذا علىٰ قياس قول أبي حنيفة في[4] قول من أجاز المزارعة.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: المزارعة جائزةٌ، وما يخرج من الأرض بين ورثة المرتدّ والمزارع علىٰ ما اشترط المزارع والمرتدّ.

وهذا مبنيٌّ علىٰ اختلافهم في تصرف المُرتد، فعند أبي حنيفة: أنّ أملاكه تزول بردّته زوالاً مراعىً، فإذا قُتل علىٰ ردّته أو مات استقرّ ذلك الزوال، فكأنّه

---

(١) «المرتدّ ـ اسم فاعل من الارتداد: وهو الرجوع علىٰ الإطلاق لغة، وفي الشريعة: وهو الرجوع من الدين الحق إلىٰ الباطل». كما في أنيس الفقهاء ص١٨٧، وتوضيح ذلك: «الردّة: الخروج عن الإسلام بإتيان ما يُخرِج عنه قولاً، أو اعتقادًا، أو فعلاً». كما في معجم لغة الفقهاء (الردة).

(٢) (الذي قبض) سقطت من ب.

(٣) (لم يكن) سقطت من ب.

(٤) هنا زيادة في العبارة (في (قياس) قول من أجاز)، والسياق يدل علىٰ زيادة وتكرار (قياس).



دفع أرض الورثة وبذرهم مزارعةً، فلا يصحّ دفعه، ويصير المزارع غاصبًا للأرض والبذر، فيلزمه مثل البذر ونقصان الأرض، ويكون الخارج للمزارع.

(فأمّا على قولهما، فملكه لا يزول بالردّة، وعقوده جائزةٌ، فلذلك كان الخارج على ما شرطا)[1].

قال: ولو كان المرتدّ دفع أرضًا بغير بذر إلى مسلمٍ أو ذميٍّ على أن يزرعها هذه السنة (ببذره وبقره)[2]، فما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء فهو بينهما، فزرعها المزارع، فأخرجت زرعًا كثيرًا، وقُتل المرتدّ على ردّته، أو مات، أو لحق بدار الحرب مرتدًّا، ففي هذا أيضًا قولان:

أما أحدهما: إن كان الزرع نقص الأرض شيئًا، فالمزارع ضامنٌ لما نقصت الأرض، ويكون جميع ما أخرجت الأرض للمزارع، (يستوفي منه بذره ونفقته وما غرم، ويتصدّق بالفضل.

وإن كان الزرع لم ينقص الأرض شيئًا، فهذا والأوّل سواءٌ في القياس، وينبغي أن يكون جميع ما أخرجت الأرض للمزارع)[3]، ولا شيء عليه من أجرٍ ولا غيره.

وفي الاستحسان: إذا لم تنقص الأرض شيئًا كان ما خرج بين ورثة المرتدّ والمزارع [نصفين، وهذا قياس قول أبي حنيفة، في قول من أجاز المزارعة، فأمّا في القول الآخر، وهو قول أبي يوسف ومحمدٍ: ما صنع المرتدّ] من ذلك جائزٌ،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

وهو على ما اشترطوا عليه.

أمّا أبو حنيفة فمن أصله: أنّ مِلْكَ المرتد قد زال، فكأنّه سلم ملك الورثة [والمزارع غاصبٌ][1]، وإذا نقصت الأرض غرم نقصانها، والضمان والأمانة لا يجتمعان، فكان الخارج كلّه للمزارع.

وأمّا إذا لم ينقص، فالقياس مثله؛ لأنّه صار غاصبًا، فكأنّه أخذ أرضهم بغير أمرهم، فزرعها ولم تنقص، وإنّما استحسن؛ لأنّ إبطال عقد المرتدّ إنما يثبت لحقّ الورثة، وليس من حقّهم أن يبطل العقد في هذه المسألة؛ لأنّه لا يحصل لهم شيءٌ، فإذا جوّزنا العقد حصل لهم نصف الخارج، وليس هناك ضمان يمنع من بقاء الأمانة؛ ولأنا[2] أبطلنا المزارعة للضمان الذي لزم المزارع، فإذا بيّنا أن لا ضمان بقيت الأمانة بحالها، كما قالوا في العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل: إنّ الأجرة واجبةٌ استحسانًا.

فأمّا على قولهما: فملك المرتدّ بحاله، فشرطه فيه جائزٌ.

قال: وإن كان المرتدّ أسلم بعد ما انقضت المزارعة، فجميع ما صنع المزارع من ذلك جائزٌ، وهو على ما اشترطوا نقصت الأرض أو لم تنقص؛ لأنّ المرتد إذا أسلم فكأنّه لم يزل مسلمًا فيصحّ عقودُه.

قال: وإذا دفع المسلم إلى المرتد أرضًا له مزارعة هذه السنة على أن يزرعها ببذره وبقره، فما أخرج الله تعالى (من شيءٍ)[3] فهو بينهما نصفان، فعمل على

(١) في أ (والمزارعة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.
(٢) في ب (وإنّما).
(٣) (من شيءٍ) سقطت من ب.

ذلك، فأخرجت زرعاً كثيراً، ثمّ قُتل المرتدّ علىٰ ردّته، أو مات، أو لحق بدار الحرب، فجميع ما أخرجته الأرض لورثة المرتدّ، ولا شيء لربّ الأرض.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: الخارج بينهما علىٰ ما شرطا.

أمّا أبو حنيفة: فمن أصله أن ملك المرتد زائلٌ، وعقوده علىٰ ماله موقوفةٌ، وإذا زرع ببذره فقد شرط لصاحب النماء الحاصل من البذر، وهو لا يملكه، فلا يصحّ شرطه فيه، فيكون الخارج كلّه لورثته.

ولا يقال: فهلا كان المرتد كالمسلم [يغصب](١) بذرًا ويزرعه في أرض غيره علىٰ وجه المزارعة؛ وذلك لأنّ الغاصب يملك البذر بالضمان الذي يلزمه، فيصير كأنّه زرع بذر نفسه، والمرتد لا يضمن لورثته ولا يملك البذر، فلا يصحّ شرطه فيه.

وإنّما لم يجب نقصان الأرض؛ لأنّ المرتدّ زرعها بأمر مالكها، فلم يكن متعدّيًا بالزراعة، فلا يجب عليه الضمان.

وأمّا علىٰ قولهما: فعقوده جائزةٌ علىٰ ما قدّمنا، فإن أسلم هذا المرتد بعدما استحصد الزرع، فالعقد جائزٌ في قولهم؛ لأنّ المراعاة زالت، فكأنّه لم يزل مسلمًا.

قال: وإذا دفع المسلم إلىٰ المرتد أرضًا وبذرًا بالنصف، فزرعها المرتدّ، فأخرجت زرعًا كثيرًا ثم قُتِل [المرتدّ] علىٰ ردّته، أو مات، أو لحق [بدار الحرب]، فجميع الخارج بين ربّ الأرض وبين ورثة المرتدّ نصفان في القولين جميعًا؛ وذلك لأنّ المرتدّ إنّما عقد علىٰ منافع نفسه، ولا حقّ للورثة فيها، فجاز

(١) في أ (قبض)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.



عقده وصحّ شرطه، فالخارج لورثته.

قال: وإذا دفعت المرتدّة إلى المرتدّة أرضًا وبذرًا مزارعةً بالنصف، فالمزارعة جائزةٌ، وهذا ودفع المسلم[1] سواءٌ، ومن أيّتهما كان البذر فهو كذلك؛ لأنّ المرتدة لا يزول ملكها عن مالها بالردّة، كما لا يزول حظر دمها، فصار عقدها وعقد المسلم سواءً.

قال: ولو كان العقد بين مسلمين، ثمّ ارتدّا أو ارتدّ أحدهما الذي من قِبَله البذر[2]، [أو الذي من قِبَله الأرض، فإن كان المرتد الذي من قِبَله الأرض] فهو جائزٌ في القولين جميعًا، وما أخرجت الأرض [فهو] بين الزارع وورثة المرتدّ نصفان، فإن كانا ارتدا فهو بين ورثة هذا وورثة هذا نصفان في القولين جميعًا؛ لأنّ العقد وقع في حال الإسلام، والعقود الصحيحة لا [تبطلها الردّة][3]، فبقي العقد بحاله[4].



(١) في ب (المسلمة).

(٢) في أ هنا زيادة (كأن ارتدا والآخر).

(٣) في أ (يبطلها الرد)، والمثبت من ب.

(٤) انظر: الأصل، ١٠/٨٨ وما بعدها.

بَابُ
مزارعة العبدِ والصبيِّ المأذون لهما في التجارةِ

قال: وإذا دفع العبد أرضًا اشتراها إلىٰ رجلٍ مزارعةً علىٰ أن يزرعها هذه السنة، فما أخرج الله تعالىٰ من شيءٍ فبينهما[١] نصفان، ولو اشترط أحدهما البذر علىٰ صاحبه فذلك جائزٌ علىٰ ما اشترطا.

وكذلك لو أخذ المأذون [له] لأحدٍ[٢] أرضًا علىٰ أن يزرعها هذه السنة بنصف الخارج، واشترط أحدهما البذر علىٰ صاحبه، فهذا جائزٌ.

وكذلك الصبيّ الذي يعقل الشراء والبيع يأذن له أبواه، أو وصيّ أبيه؛ وذلك لأنّ الإذن يقتضي التصرّف في التجارات، والإجارة من [التجارات][٣]، وإذا عقد مزارعةً فقد استأجر وآجر نفسه، والمأذون يملك كلّ واحدٍ من الأمرين؛ ولأنّ هذا العقد في معنىٰ الشركة، المأذون [له] يملك الشركة.

قال: وإذا دفع العبد المأذون إلىٰ رجلٍ أرضًا مزارعةً علىٰ أن يزرعها [سنته هذه بنصف الخارج، واشترط البذر علىٰ المزارع، ثمّ حجر المولىٰ علىٰ عبده] حين وقع العقد قبل أن يَزرعَ المزارع، فإن للمزارع أن يزرع الأرض علىٰ حاله، وليس لمولىٰ العبد ولا العبد أن يمنعاه من ذلك؛ وذلك لأنّه[٤] لو أراد الامتناع

---

(١) في ب (فهو بينهما).

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) في أ (التجارة) والمثبت من ب.

(٤) في ب (لأنّ العبد).

وليس من جهته بذرٌ، لم يملك ذلك، وعلم أنّ العقد قد تمّ[(١)] من جهته، فلا ينفسخ بالحجرِ[(٢)] عليهِ [٤٣٠/ب] وليس كذلك إذا كان البذر من جهة العَبْد فحجر المولىٰ عليه قبل الزراعة؛ لأنّ العبد كان (يملك الامتناع من الزراعة)[(٣)]، فَعلمت أنّ العقد لم يتمّ في حقه، فيبطل بالحجر، ولهذا قالوا في المضاربة إذا دفعها المأذون أو أحدهما، ثمّ حجر المولىٰ عليه: أنّها تبطل؛ لأنّها ليست بلازمةٍ من الطرفين، فلذلك بطلت بالحجر.

قال: وكذلك لو أخذ العبد المأذون من رجلٍ أرضًا وبذرًا مزارعةً، ثمّ حجر المولىٰ عليه؛ لأنّ العقد قد تمّ [في] حقّه، بدلالة أنّه كان لا يملك الامتناع منه قبل الحجر.

قال: ولو كان المأذون دفع أرضًا وبذرًا مزارعةً، فلم يزرع المزارع حتىٰ حجر المولىٰ علىٰ عبده، فللمولىٰ أن يمنع المزارع أن يزرع، وكذلك لو كان المأذون أخذ أرضًا علىٰ أن يزرعها ببذره؛ [وذلك أنّ العبد كان به الامتناع، فلم يتمّ العقد في حقّه، فبطل بالحجر، ولهذا[(٤)] قالوا] هاهنا: لم يتمّ في حقّ العبد؛ بدلالة أن له الامتناع قبل الحجر، فإذا حجر المولىٰ عليه كان له المنع من العقد.

وقد ذكر هذه المسألة فقال: إذا دفع العبد أرضًا وبذرًا، ثمّ حجر المولىٰ عليه، فله أن يفسخ المزارعة، وإن أخذ أرضًا ليزرَعَها ببذره انفسخت المزارعة، والفرق

---

(١) في أ (تم فيه)، بزيادة (فيه)، والسياق لا يقتضي هذه الزيادة.

(٢) في ب (بالعقد).

(٣) ما بين القوسين في ب (يملك الامتناع وليس من جهته بذرٌ، لم يملك ذلك)، والزيادة مكررةٌ عن الصورة التي ذكرها قبل، والسياق لا يقتضيها..

(٤) في أ هنا (وذلك لأن العقد).

بينهما: أنّه إذا دفع البذر والأرض لم [يتعذّر][1] العمل بالحجر، وإنّما يثبت للمولى المنع لما في العقد من إتلاف البذر[2] الذي هو [على] ملكه، فوقف ذلك على فسخه.

وإذا أخذ العبد أرضًا فقد تعذّر عليه بالحجر العمل، ففات المعقود عليه، وفوات المعقود عليه، يوجب فسخ العقد.

قال: وإذا كان للعبد أو للصبيّ نخلٌ فدفعه إلىٰ رجلٍ معاملةً بالنصف هذه السنة، فذلك جائزٌ، فإن حجر المولىٰ علىٰ عبده، أو الأبُ علىٰ ابنه فالمعاملة علىٰ حالها، لا تنتقض بالحجر.

وكذلك لو كان النخل من قبل الرجل الأجنبيّ دفعه إلىٰ العبد أو الصبيّ؛ لأنّ العقد قد تمّ في حقهما، بدلالة أنّه ليس لهما الفسخ قبل [الحجر][3]، فلا يثبت فسخ العقد، بعد تمامه بالحجر.

قال: ولو كان مكان الحجر نهيٌ من المولىٰ عن المزارعة، وفسخٌ لها بعد عقد المزارعة أو قبل ذلك، إلا أنّه لم يحجر عليه، فذلك جائزٌ، والنهي باطلٌ.

وكذلك نهي الأب قبل المزارعة وبعدها؛ وذلك لأنّ المولىٰ لا يملك أن يبعّض الحجر، فيحجر في بعض الأشياء دون بعضٍ، فلا يتعلّق بحجره حكمٌ، ولأنّه إذا حجر في بعض الأشياء بقي الإذن في باقيها، والإذن في بعض الأشياء إذنٌ في جميعها[4][5].

(١) في أ (ينفذ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.
(٢) ما في أ (إتلاف البذر بالحجر)، بزيادة (بالحجر)، وهي ساقطةٌ من ب، والسياق يقتضي ذلك.
(٣) في أ (الحق)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير الحكم.
(٤) في ب (باقيها).
(٥) انظر: الأصل، ١٠/١٠٠ وما بعدها.



بَابُ
الزيادةِ في المعاملةِ والمزارعةِ والحطِّ منها

قال: والأصل في هذا الباب: أنّ كلّ حالٍ [جاز] فيها ابتداء المزارعة جازت الزيادة والحطّ؛ لأنّ العقد بحاله، وكلّ موضعٍ لا يجوز ابتداء العقد، فالزيادة لا تجوز، والحطّ يجوز.

وهذا كما قالوا في البيع: إنّ الزيادة جائزةٌ مع بقاء المعقود عليه، فإن هلك المعقود عليه، جاز الحَطُّ، ولم تجز الزيادة.

قال: وإذا دفع الرجل أرضًا مزارعةً بنصف الخارج، فعملها المزارع، فأخرجت زرعًا كثيرًا واستحصد، ثمّ إنّ المزارع زاد ربّ الأرض في حصته السدس، فجعل له الثلثين، ورضي بذلك ربّ الأرض، فهذا باطلٌ، و[الزرع] بينهما نصفان، فلو زاد ربّ الأرض المزارع السدس واصطلحا على ذلك، فهذا جائزٌ؛ لأنّ البذر إذا كان من قبل المزارع، فهو مستأجر الأرض، فإذا استَحْصَدَ الزَّرْعَ فقد انقضى العقد[1] واستوفيت المنافع، فما يبذله المزارع زيادةٌ في الأجرة، والزيادة لا تجوز بعد تقضّي العقد، وما يبذله من الزيادة حطٌّ من الأجرة، وذلك يجوز بعد تقضّي العقد.

قال: ولو كان البذر من قِبَلِ ربّ الأرض، فلما استحصد الزرع زاد ربّ الأرض المزارع السدس، فهذا باطلٌ، وإن زاد المزارع ربّ الأرض فهذا جائزٌ؛

(١) في ب (الزرع).

لأنّ المزارع هاهنا مستأجرٌ، فما يبذله ربّ الأرض زيادةٌ في أجره، فلا يجوز مع تقضّي العقد، وما يبذله المزارع[1] حطٌّ من الأجر فيجوز بعد تقضي العقد.

ولو دفع رجلٌ نخلاً معاملة بالنصف، فأخرج ثمرًا كثيرًا وبلغ، فإن زاد العامل ربّ الأرض السُّدُسَ جاز، وإن زاد ربّ الأرض العامل لم يجز؛ وذلك لأنّ العامل هاهنا[2] أجيرٌ، فما [يبذله][3] من الزيادة حطٌّ، فيجوز مع تقضّي العقد، (وما يبذله ربّ الأرض زيادةٌ له في الأجر، ولا يجوز مع تقضّي العقد)[4].

قال: ولو لم يستحصد الزرع في المزارعة حتى زاد أحدهما الآخر السدس، أيّهما كان جاز.

وكذلك لو زاد أحدهما الآخر[5] في المعاملة بعدما صار التمر بُسْرًا[6] ولم يتناهه عظمه؛ وذلك لأنّ العقد لم ينقض؛ بدلالة أنّ ابتداء المزارعة والمساقاة في هذه الحال جائزةٌ، فالزيادة مع بقاء المعقود عليه والحطّ جائزان، ولو كان البُسْر قد تناهى عظمًا ولم يصر رطبًا جاز أن يزاد لربّ الأرض، ولم تجز الزيادة للعامل؛ لأنّ العقد قد انتهى، بدلالة أنّه يجوز ابتداء المعاملة فيه، فجاز الحطّ،

---

(١) في ب (باقيها).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (يبطله)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٦) «البُسْر: أوله طَلْعٌ، ثم خَلَالٌ ـ بالفتح ـ، ثم بَلَحٌ ـ بفتحتين ـ، ثم بُسْرٌ، ثمّ رُطَبٌ، ثم تمْرٌ، الواحدة بُسْرة وبُسُرة، والجمع بُسُرات وبُسُر بضم السين في الثلاثة». مختار الصحاح (بسر)، والمقصود من البُسر: التمر قبل إرطابه.

ولم[1] تجز الزيادة.

تم كتاب المزارعة ولله الحمد والمنة

والصلاة على نبيه محمد وآله

يتلوه كتاب الإكراه

(١) في ب (وإن لم).




[٧٨] كتابُ الإكراهِ

[٤٣١/أ] قال رحمه الله تعالىٰ: الإكراه(١) معنًىٰ يفعله الإنسان بغيره ينتفي به الرضا، وهو ممّا يغيّرُ الأحكام تارةً ولا يغيرها أخرىٰ، وقد اعتبره أصحابنا في العقودِ بالهَزْل، فقالوا: ما أثّر فيه الهَزْل، أثّر فيه الإكراه، وما لم يؤثّر فيه الهَزْل، لم يؤثّر فيه الإكراه، كالنكاح والطلاق.

ومنهم من جعله كشرط الخيار، فما أثّر فيه شرط الخيار، أثّر فيه الإكراه، [وما لم يؤثّر فيه شرط الخيار، لا يؤثّر فيه الإكراه]؛ [لأنّ](٢) الخيار يمنع الرضا كالإكراه المانع من الرضا.

ويُعتبر في الإكراه: صفة المكرِه والمكرَه، والمعنىٰ الذي يُهدّد به، والمعنىٰ الذي أكره(٣) عليه.

فأمّا صفة المكرِه: [فهو] أن يكون قادرًا علىٰ إيقاع ما توعّد به؛ ولهذا

---

(١) «الإكراه في اللغة: حمل الغير علىٰ ما يكرهه قهرًا، وفي الاصطلاح الشرعي: هو حمل الغير علىٰ ما لا يرضاه من قول أو فعل؛ بحيث لا يختار مباشرته لو خُلّي ونفسه». معجم المصطلحات الاقتصادية ص٧٧.
ووضح ذلك الإمام الشافعي بقوله: «والإكراه: أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر علىٰ الامتناع منه: من سلطان، أو لِصٍّ، أو متغلبٍ علىٰ واحد من هؤلاء، ويكون المكرَه يخاف خوفًا عليه، دلالة أنَّه إنْ امتنع من قول ما أمر به، يبلغ به الضرب المؤلم، أو أكثر منه، أو إتلاف نفسه». الأم ص ٦١١.

(٢) في أ (إلا أنّ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) في ب (أكرهه).

يستوي إكراه السلطان وغيره؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما قد يقدر علىٰ فعل ما توعّد[1] به.

وأمّا صفة المكرَه: فأن يغلِب علىٰ ظنّه أنّ المكرِه يوقع ما توعّد[2] به، فإن غلب علىٰ ظنّه [ذلك] كان مكرَهًا، وإن غلب علىٰ ظنه أنّه لا يفعل، لم يكن مكرهًا.

وأمّا صفات[3] ما يتوعّد بإيقاعه: فتارةً يتوعّد بالقتل، أو بإتلاف[4] عضوٍ من الأعضاء، أو بالضرب العظيم، أو بالقتل، أو بالحبس، أو القيد، وذلك يختلف بحسب ما أكرهه عليه.

وأمّا صفات ما أكرهه علىٰ إيقاعه: فتارةً يكون ممّا مُنع منه لحقّ الله تعالىٰ، وتارةً لحقّ المكرَه، وتارةً لحقّ آدميٍّ آخر. والكلام في تفصيل ذلك بيّن في المسائل.

قال: وإذا أُكره الرجل علىٰ فعل شيءٍ لا يحلّ له ذلك في دينه: من شرب خمرٍ، أو أكل ميّتةٍ، أو خنزيرٍ، بقتلٍ أو بتلف عضوٍ من أعضائه[5]، وكان علىٰ ذلك أكثر رأيه، فإنّه يَسَعُه فعل ذلك، وسواءٌ كان العضو من أعضائه: قطع [أذنٍ][6] أو أصبع أو غير ذلك، فهذا سواءٌ؛ لأنّ الله تعالىٰ أباح الخمر والخنزير

(١) في ب (تواعد).
(٢) في ب (تواعد).
(٣) في ب (صفة).
(٤) في ب (وتارة بإتلاف).
(٥) في ب هنا (قطع أذن، أو أصبع، أو غير ذلك) وذكرت بعد ذلك أيضًا.
(٦) في أ (عضو)، والمثبت من ب، وهو أولىٰ بالسياق.

والميتة عندَ الضرورة بقوله: ﴿ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ ﴾ [الأنعام: ١١٩]، فإذا أُكره بالقتل، أو بإتلاف عضوٍ، فقد اضطر إلىٰ ذلك، فصار كالجائع الذي يخاف التلف، فيجوز له الإقدام علىٰ هذه المحرمات، ألا ترىٰ أنّها حُرّمت [بالشرع][1]، فلم يحرمها [بالشرع][2] إلا مع الاختيار، فأمّا مع الضرورة فقد أُبيحت؛ فلذلك جاز تناولها.

قال: وكذلك لو أُكره بضربٍ يخاف منه علىٰ نفسه، أو ذهاب عضوٍ من أعضائه، [وكان علىٰ ذلك أكثر رأيه، فإنّه يَسَعُه فعل ذلك، وسواءٌ] كان الضرب قدر الحد أو أكثر أو أقلّ، بعد أن يخاف [منه علىٰ نفسه] ما ذكرنا، ويكون علىٰ ذلك أكثر رأيه؛ وذلك لأنّه إذا خاف من الضرب أو التَّلَف أو إتلاف عضوٍ، فقد صار مضطراً، فلا معنىٰ لاعتبار مقدار الضرب.

ومن الفقهاء من قال: إن تُوعّد بقدر الحدّ فما زاد كان مكرهًا، وإن تُوعّد بأقلّ من الحدّ لم يحلّ له شرب الخمر أو أكل الميتة؛ لأنّ ذلك يستوفىٰ في التعزير، فصار كالحبس والاستخفاف.

وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنّه إذا خاف منه علىٰ نفسه أو علىٰ أعضائه[3] فهو كالضرب الكثير، وإن جاز أن يستوفىٰ مقداره في التعزير؛ لأنّ الإمام لا يعَزِّر إذا خاف التلف.

وما لا يخاف منه التلف علىٰ النفس ولا عضوٍ من الأعضاء ليس بإكراهٍ علىٰ

---

(١) في أ (بالسمع) والمثبت من ب.
(٢) في أ (بالسمع) والمثبت من ب.
(٣) في ب (أو عضو).

شرب الخمر وأكل الميتة.

قال: فإن خوّفه[(١)] بضربه سوطًا أو سوطين، فلا يسعه عندي أن يفعل شيئًا من ذلك.

ولو قالوا له: لنحبسنّك في السجن سنةً، أو لنقيّدنك أبدًا ولا نخرجنّك من السجن حتىٰ تفعل ذلك، لم ينبغ[(٢)] له أن يفعل [شيئاً من] هذا؛ لأنّه لا يخاف من هذا تلف نفسٍ ولا غير ذلك؛ لأنّ ضرب السوط أو السوطين والحبس ليس فيه خوف تلفٍ علىٰ نفسٍ، ولا عضوٍ من الأعضاء، فلا يبيح ذلك شرب الخمر، ألا ترىٰ أن الفساق إنّما يشربون الخمر لصرف الهمّ عنهم، فلا يجوز أن يُستباح بذلك.

قال: فإن قالوا: لنجوعنّك أو لتفعلنّ [بك بعض ما ذكرنا][(٣)]، لم ينبغ[(٤)] له أن يفعل حتىٰ [يجيء][(٥)] من الجوع أمرٌ يخاف منه التلف[(٦)].

قال محمد: وإنّما يقاس الإكراه في ذلك بالضرورة في هذه الأشياء، وهذا علىٰ وجهين: إن كان يعلم أنّه إذا امتنع من الشرب حتّىٰ يأتي من الجوع ما يخاف منه التلف، ثمّ بدا[(٧)] لهم شربها [أزالوا عنه الإكراه]، لم يجز له أن يتعجّل

---

(١) في ب (وإن كانوا أخوفوه).

(٢) في ب (يسع).

(٣) في أ (واحدًا مما)، والمثبت من ب، والعبارة فيها أوضح.

(٤) في ب (يسع).

(٥) في أ (يمر) والمثبت من ب.

(٦) انظر: الأصل، ٧/٤١٤.

(٧) في ب (بذل).

بتناولها ؛ لأنّ الضرورة لم تحصل ، وإن كان يغلب في ظنه أنّه إن امتنع من شربها ثم جاع فاستدعىٰ منهم شربها لم يمكّنوه من الطعام ، جاز له أن يشربها في الحال ؛ لأنّ الخوف موجودٌ.

قال: محمدٌ: وكلّ شيءٍ جاز له فيه شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير في الإكراه ، فكذلك يجوز له عندنا الكفر بالله تعالىٰ إذا أكره [علىٰ ذلك] وقلبه مطمئن بالإيمان ؛ وذلك لأنّ الكفر لا يُعلَم تحريمه بالشرع خاصّةً ، وإنّما يُعلَم [بالعقل][1] ، فهو آكد في التحريم من الميتة والخمر ؛ ولهذا لا تبيحه الضرورة ، وإنما تبيح إظهاره مع التوبة ، فإذا كان ما أبيح [بالعقل][2] وحُرِّم بالشرع لا يُستباح إلا عند الخوف علىٰ النفس أو علىٰ عضوٍ من الأعضاء ، فالمحظور [بالعقل][3] أولىٰ[4].

والأصل في جواز إظهار كلمة الكفر عند الإكراه: ما روي أنّ المشركين أخذوا عمار بن ياسر وهدّدوه حتىٰ قال في آلهتهم خيرًا ، أو قال في رسول الله ﷺ شرًا ، فلما جاء إلىٰ النبي ﷺ ، قال: «**ما وراءك؟**» ، فقال: شرًا ، أكرهوني حتىٰ قلت في آلهتهم خيرًا ، أو قلت فيك شرًا ، فقال: «**كيف وجدت قلبك؟**» فقال: مطمئنًا بالإيمان ، فقال: «**إن عادوا فعد**»[5].

---

(١) في أ (بالفعل) ، والمثبت من ب.

(٢) في ب (بالفعل).

(٣) في ب (بالفعل).

(٤) انظر: الأصل ٧/٤١٧.

(٥) رواه من حديث عمار ﷺ: الحاكم في المستدرك (٢/٣٨٩) ، وقال: (صحيحٌ علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه) ، ووافقه الذهبي ، ورواه البيهقي في الكبرىٰ (٨/٢٠٨)

وروي في تأويل قوله تعالى: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾ [النحل: ١٠٦]، أنها نزلت في عمار بن ياسر، [وقوله]: ﴿ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا ﴾ [النحل: ١٠٦]، في عبد الله بن أبي سرح[١].

قال محمدٌ: ولو تهدّد بالقتل، أو بقطع يدٍ[٢]، أو بضربٍ يخاف فيه التلف حتّىٰ يشرب الخمر، أو يأكل [لحم] الخنزير أو الميتة، فلم يفعل ذلك حتىٰ قُتل أو يفعل به ذلك، خفت أن يكون آثمًا؛ لأنّ الله تعالىٰ يقول: ﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة: ١٧٣]، وهذا مضطرٌّ.

وهذا صحيح؛ لأنّ تحريم الميتة والخمر معلومٌ بالشرع، ولم يحرمها الشرع في حال الضرورة، فصار في هذه الحال كالطعام المباح، ومن وجد طعامًا مباحًا فامتنع من أكله حتّىٰ مات كان آثمًا، فكذلك هذا.

قال: ولو أنّ رجلاً أُكره بتهديد بقتلٍ أو بقطعٍ أو بضربٍ يخاف منه تلفًا حتّىٰ يفتري علىٰ رجل مسلمٍ، ففعل، رجوت أن يكون في سعةٍ؛ لأنّ هذا ليس بفعلٍ يفعله به؛ وذلك لأنّ الإكراه قد أباح إظهار [كلمة] الكفر، وهو شتمٌ لله تعالىٰ ورسوله ﷺ، فلأن يبيح شتم المسلم أولىٰ.

قال: ولو أكره علىٰ الكفر بالله سبحانه، أو شتم محمدٍ ﷺ، أو قذف[٣] مسلمٍ فلم يفعل حتّىٰ قتل، كان إن شاء الله مأجورًا، وكان ذلك أفضل من إقدامه عليه وإن كان ذلك واسعًا؛ وذلك لما روي أن المشركين أخذوا خبيبَ بن عديٍّ،

(١) رواه عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر: ابن سعد في الطبقات (٣/٢٤٩)
(٢) في ب (بالقطع ليد).
(٣) في ب (أن يقذف).

فباعوه من أهل مكة، فقالوا له: لنقتلنّك [٤٣١/ب] أو لتذكرنّ آلهتنا بخيرٍ، ولتشتمنّ محمدًا، فكان يشتم آلهتهم ويذكر محمدًا بخيرٍ، حتّىٰ قتلوه، فقال: النبي ﷺ: «**هو رفيقي في الجنة**»[1]؛ ولأنّ الكفر لم يبح [له] بحالٍ، وإنّما أُبيح إظهارُ الكفر من غير اعتقادٍ، فإذا صبر ولم يظهر الكفر فقد قصد بذلك إعزاز الدين، فهو أولىٰ من إظهاره.

وكذلك شتم المسلمين[2] من مظالم العباد، وذلك غير مباحٍ بحال، وتحريمه معلومٌ بالعقل، فهو كالكفر، والصبر فيه أولىٰ من الإقدام عليه.

قال: ولو أنّ اللصوص أو غيرهم قالوا لرجلٍ: لنفعلنّ بك كذا، بما يكون إكراهًا، والرجل المتهدّد يرىٰ أنّهم لا يقدمون علىٰ ذلك ولا يفعلون، لم يجز أن يفعل ما يُكرهونه عليه، وهذا علىٰ ما قدّمنا أنّ المعتبر دفع الضرر عن نفسه، فإذا غلب علىٰ ظنّه أنّهم لا يفعلون ما هُدّد به، لم يحصل هناك ضررٌ، فلم يجز له أن يقدم علىٰ الفعل المحرم[3].

---

(١)، ذكره الزيلعي في نصب الراية (١٥٩/٤)، وابن حجر في الدراية (١٩٧/٢)، وقال الزيلعي: (وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع، وليس فيه أنه صلب، ولا أنه أكره، ولا أن النبي ﷺ سماه سيد الشهداء، ولا قال فيه: هو رفيقي في الجنة)، ومثله في الدراية.

(٢) في ب (المسلم).

(٣) انظر: الأصل، ٢٩٨/٧ وما بعدها.

بَابُ
الإكراه في الأموالِ

قال: وإذا أكره الرجل بما ذكرت لك أنّه أكره في شرب الخمر أو أكل الميتة علىٰ أن يقرّ بمالٍ لرجلٍ، فأقرّ، فإنّ الإقرار باطلٌ لا يلزمه شيء ممَّا أقرّ به؛ وذلك لأنّ الإقرار ممّا يختلف بالجدّ والهَزْل، ألا ترىٰ أنّ من أقرّ بشيءٍ ثم اتفق المُقِرّ والمُقَرّ له أنّهما كانا هازلين لم يلزمه الإقرار، فالإكراه ينافي القصد كما ينفيه الهزل.

ولا يقال: إنّ الإكراه عندكم يجري مجرىٰ شرط الخيار، ولو شرط الخيار في الإقرار لم يصحّ، فكذلك الإكراه لا يؤثّر فيه؛ وذلك لأنّ الخيار يصحّ دخوله في الإقرار، ألا ترىٰ أنّه إذا شرط الخيار في البيع فقد لزمه [الثمن]، وله فيه الخيار، وإنّما لا يُقبل إذا أطلق الإقرار؛ لأنّه لا يُصدّق علىٰ إثبات الخيار فيه.

قال: وكذلك لو قال: لنحبسنّك حتّىٰ تقرّ[1]، أو لنقيدنّك حتّىٰ تقرّ، [فأقرّ]، فالإقرار باطلٌ؛ وذلك لأنّ الحبس والقيد ينفيان الرضا، ومن شروط صحة الإقرار وجود الرضا.

وذكر عن شُرَيْحٍ أنّه قال: (القيد كرهٌ، والوعيد كرهٌ، والضرب كرهٌ، والسجن كرهٌ)[2].

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال: (ليس الرجل بأمينٍ علىٰ نفسه إذا

---

(١) (حتىٰ تقر) سقطت من ب.

(٢) رواه عبد الرزاق (٦/٤١١)؛ وابن أبي شيبة (٥/٤٩٣).

ضُربت، أو وُثّقت، أو جُوّعت)[١].

قال محمدٌ: ولو كانوا قالوا: لنضربنّك سوطًا، أو لنحبسنّك يومًا، أو لنقيدنّك يومًا، أو لتقرّنّ بألف درهمٍ، وهو لا يخاف أكثر من ذلك، فأقرّ به، كان الإقرار جائزًا، وليس هذا بإكراهٍ، وهذا كقولهم: [لنطرقنّك][٢] طرقةً، أو لنشتمنّك.

قال محمدٌ: وليس في هذا وقتٌ، ولكنه ما يجيء منه الاغتمام البيّن بالحبس والتقييد [ولسنا نعرف][٣] من هذا الحدّ الذي لا يُزاد عليه ولا يُنقص عنه، وذلك على ما يراه الحاكم إذا رُفع ذلك إليه، وجملة هذا: أنّ الإقرار ينفيه عدم الرضا، [وكلّ][٤] شيءٍ [لو] توعّد به ممّا يخاف منه الضرر[٥] البيّن، فهو ينفي الرضا، وما كان الضرر فيه أقلّ من الضرر في التزام المال المُقَرّ به فإنّه لا ينفي الرضا، وإنّما لم يحدّد ذلك؛ لأنّه يختلف باختلاف الناس.

وقد كان أصحابنا يقولون: بأنّ السوط الواحد والقيد في اليوم الواحد إكراهٌ في حقّ بعض الناس، وليس بإكراهٍ في حقّ بعضهم؛ لأنّ من الناس من لا يستضرّ بذلك، ومنهم من يقدح ذلك في مروءته، فيستضرّ به[٦]؛ لذلك فوّضه محمدٌ إلى اجتهاد الحاكم.

---

(١) رواه عبد الرزاق (٦/٤١١)؛ وابن أبي شيبة (٥/٤٩٣)؛ وصحح ابن حجر إسناده في فتح الباري (١٢/٣١٤).

(٢) في أ (لنطرقنّ لك)، والمثبت من ب، ولنطرقنك من الطَّرْق بالمِطْرقة: «ما يُطرق به الحديد، أي: يُضرب». المغرب (طرق).

(٣) في أ (وأشياء تعرف)، والمثبت من ب، وهو أنسب في السياق.

(٤) في أ (فعل)، والمثبت من ب، والعبارة تقتضيه.

(٥) في ب (الضرب).

(٦) في ب (بذلك).

قال: ولو أنّ رجلاً أكرهه لصٌّ غالبٌ فقال: لأقتلنّك أو لأحبسنّك في السجن، أو لأقيدنّك، أو لتقرّنّ لهذا الرجل بألف [درهمٍ]، فأقرّ له بخمسمائة، فالإقرار باطلٌ؛ وذلك لأنّه مُكْرَهٌ على ألفٍ، وعلى أبعاضها، فإذا أقرّ بما دخل تحت الإكراه لم ينفذ إقراره.

قال: فإن أكرهوه على أن يقرّ له بألفٍ، فأقرّ له بألفين، [ألزمته][1] ألف درهمٍ، وأزلت عنه ألفًا؛ لأنّ الألف مكرهٌ عليها، والألف الآخرى لم يكرهوه عليها، فقد ابتدأ الإقرار بها من غير إكراهٍ، فيلزمه ذلك.

[فإن] قيل: فهلا قلتم: إنّه يلزمه ألفان؛ لأنّ عند أبي حنيفة أنّ الشاهدين إذا شهد أحدهما بألفٍ [والآخر بألفين]، لم تقبل شهادتهما على الألف؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يشهد بغير ما شهد به الآخر، كذلك في مسألتنا أكره على ألفٍ فأقرّ بألفين، وذلك غير ما أكره عليه، يلزمه الجميع[2].

قيل له: المعتبر في الشهادة عند أبي حنيفة: اتفاق الشهود في اللفظ، والألف غير الألفين في اللفظ، فأمّا الإكراه: فالمعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ؛ لأنّ غرض المكره أن يتخلّص بإقراره من الإكراه، ويفعل ما أراده المُكرِه، وقد اتفقا في الألف في [المعنى][3]، وإن اختلفا في اللفظ.

قال: وإن أقرّ بمائة دينارٍ، فالإقرار جائزٌ، وكذلك إن أقرّ بصنف غير ما أكرهوه عليه؛ لأنّ الدنانير غير الدراهم، فقد ابتدأ الإقرار بغير ما أكره عليه، فلزمه.

---

(١) في أ (لزمه)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) انظر: الهداية ٣/١٢٦؛ البدائع ٦/٢٧٩؛ البحر الرائق ٧/١١٧.

(٣) في أ (النعت)، والمثبت من ب.



ومن أصحابنا من قال: إنّما لزمته ؛ لأنّ مائة [دينارٍ] أكثر من الألف في العادة ، فلما خالف في الجنس والعدد[1] لزمه .

قال: فإن أكرهوه على أن يقرّ له[2] بألفٍ ، فقال له ولفلانٍ الغائب عليّ ألفٌ ، الإقرار كلّه باطلٌ في قياس قول أبي حنيفة ، صدّق الغائب بالشركة أو كذّب .

وأمّا في قول محمدٍ[3]: فإن صدّق الغائب بالشركة ، بطل الإقرار ، وإن كذّب جاز الإقرار للغائب بالنصف وبطل للحاضر ، أمّا إذا صدّق الغائب بالشركة ، فإقرار المقِرّ للحاضر باطلٌ لأجل الإكراه ، فلو صحّ للغائب ثبت مشاركة الحاضر له ، فاحتجنا إلى إبطال نصف ذلك ، فلم يثبت له المشاركة بالنصف ، فيبطل نصفه ، ثمّ كلّ جزءٍ[4] يثبت فيه حقّ[5] المشاركة سقط نصفه .

وأما إذا كذّب الغائبُ بالشركة فالإقرار باطلٌ في قول أبي حنيفة ؛ لأنّه [وقع فاسداً][6] لمشاركة المكرِه عليه ، والإقرار الفاسد من جهة المقَرّ له ، وإنما يصحّ من جهة [المُقِرّ] ، فلو صححناه في مسألتنا لصححناه بتكذيب الغائب ، وهو لا يملك تصحيح الإقرار ؛ ولأنّ المُقِرّ أقرّ بمالٍ مشتركٍ ، فلو أثبتنا للغائب الألف من غير شركةٍ ، [لأثبتنا][7] الإقرار على غير الوجه الذي أقرّ به المقِرّ[8] ،

(١) في ب (والقدر) .
(٢) في ب (لزيدٍ) .
(٣) في ب (في قياس قول أبي يوسف ومحمدٍ) .
(٤) في ب (حقّ) .
(٥) هذه الكلمة سقطت من ب .
(٦) في أ (دفع ما يتبدأ المشاركة) والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .
(٧) في أ (لا يثبت) والمثبت من ب .
(٨) هذه الكلمة سقطت من ب .

وهذا لا يصحّ.

وجه قولهما: أنّ الإقرار للغائب حصل بغير إكراهٍ، وإنما بطل بالشركة، وإذا جحد الغائب شركة الحاضر بقي الإقرار في حقّه، وليس فيه معنىً يفسده، فصحّ.

وهذا الاختلاف فرعٌ على اختلافهم في المريض إذا أقرّ لوارثه وأجنبيٍّ [بمالٍ]، فقال: قال أبو حنيفة: يبطل الإقرار، صدّق الأجنبي بالشركة أو كذّب، وقال أبو يوسف ومحمد: إن صدّق بالشركة [٤٣٢/أ] بطل الإقرار، وإن كذّب لم يبطل.

قال: ولو أكرهوه على أن يهب جاريته هذه لفلانٍ، أو أن يهب العبد هذا لفلانٍ، ويدفعه إليه، ولم يذكر دفعًا، [ففعل] ودفعه إلى فلانٍ، فالهبة باطلة.

وكذلك لو أكرهوه على البيع والدفع؛ وذلك لأنّ البيع والهبة ممّا يختلف فيه الجِدّ والهَزْل، فكذلك يؤثّر فيه الإكراه؛ ولأنّ شرط الخيار يؤثّر فيه، والإكراه ينفي الرضا كشرط الخيار.

وفرّق بين الهبة والبيع، فقال في الهبة: إذا أكرهوه على الهبة ولم يكرهوه على الدفع، فوهب وأقبض [لم تصحّ الهبة، ولو أكرهوه على البيع، ولم يكرهوه على الدفع فباع وأقبض] جاز البيع.

والفرق بينهما: أنّ مقصود المُكرِه أن يُكْرِهَ على ما يتعلّق به الاستحقاق، وعقد الهبة لا يتعلّق الاستحقاق به، فصار الإكراه عليه إكراهًا على القبض الذي لا يتمّ إلا به، ومن أكره على أن يهب ويقبض، ففعل، لم تصحّ هبته، وليس

كذلك البيع ؛ لأنّ الاستحقاق يتعلّق به[١] ، فيحصل بالعقد غرض المكره ، ولا يحتاج إلىٰ القبض ، فلمّا أقبض البائع وهو غير مكرَهٍ علىٰ الإقباض ، صار بذلك إجازةً للبيع ، ومن أُكره علىٰ البيع فأجازه بعد الإكراه وفعل فعلاً يدل علىٰ الإجازة جاز بيعه ، وكذلك هذا .

قال : ولو أكرهوه علىٰ هبة جاريته لعبد الله ، فوهبها لعبد الله وزيدٍ ، وقبضاها جميعًا بأمره ، جازت حصّة زيدٍ ، وبطلت حصة عبد الله ؛ لأنهم لمّا أكرهوه علىٰ هبتها[٢] لعبد الله ، فقد أكرهوه علىٰ هبة كلّ جزءٍ منها ، فالهبة في النصف قد تناولها الإكراه ، والهبة لزيدٍ لم يتناولها الإكراه ، فصحّت ، وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزةٌ .

قال : ولو أكرهوه علىٰ هبة ألفٍ لعبد الله ، فوهبه جملةً لعبد الله وزيد ، ودفعه إليهما بطلت الهبة كلّها في قول أبي حنيفة .

وقال محمدٌ : الهبة أيضًا لا تجوز [عندي] لعبد الله ، ولا لزيدٍ .

أمّا أبو حنيفة : فعنده أنّ هبة الواحد لاثنين من غير إكراهٍ باطلةٌ ، فمع الإكراه أولىٰ ؛ ولأنّ الهبة لعبد الله لا تصحّ لأجل الإكراه ، فتبقىٰ الهبة لزيدٍ في مشاعٍ يحتمل القسمة ، فيبطل .

وأمّا علىٰ قولهما[٣] : فهبة الواحد من الاثنين جائزةٌ ؛ لأنّها صفقةٌ واحدةٌ ، فإذا كان مكرهًا علىٰ أحدهما بطلت الهبة في حقّه ، [وبقي][٤] في حقّ الآخر

---

(١) في ب (بعقده) .
(٢) في ب (هبة الجارية) .
(٣) في ب (قول أبي يوسف ومحمد) .
(٤) في أ (وهي) والمثبت من ب .



مشاعاً، فلم تصحّ.

وليس هذا عند محمدٍ كالمريض إذا وهب مالاً يخرج من ثلثه، ثم مات، فلم تجز الورثة؛ لأنّ هناك وقعت الهبة في الأصل جائزةً في الجميع، ثمّ بطلت في بعضها لمعنىً طارئٍ، والإشاعة في حال البقاء لا تمنع الهبة[1].

قال: وكذلك الإكراه على البيع والشراء والصدقة، فإنّ الإكراه يبطل في ذلك كلّه، وكذلك كلّ ما كان من تمليكٍ يَلحقه فسخٌ؛ وذلك لأنّه لا يختلف بالجِدِّ والهَزْل، والإكراه في حكم الهَزْلِ.

قال: ولو أكره على بيع جاريته من هذا الرجل بألفٍ، وقيمتها عشرة آلاف، فباعها منه بأقلّ من ألفٍ، كان القياس في هذا أنّ البيع جائزٌ، والاستحسان: أنّ البيع باطلٌ.

وجه القياس: أنّه لمّا عدل عن الثمن الذي سمّوه له وسمّى غيره، دلّ على أنّه اختار ذلك [فنفذ][2] عليه، كما لو باعها بألفين.

وجه الاستحسان: أنّ غرض المُكرِه بالإكراه إيصال المنفعة إلى المشتري، وغرض المُكرَه أن يفعل ما وافق المُكرِه ليتخلّص من وعيده، وهو إذا [نقص][3] ممّا ذكر له من الثمن [كان] أقرب إلى حصول غرضه، فعلم أنّ ذلك ممّا تناوله الإكراه، فلم ينفذ.

(١) انظر: الأصل ٧/٣٠٩.
(٢) في أ (قبضه) والمثبت من ب.
(٣) في أ (بقض) والمثبت من ب.

وأمّا إذا باعه بألفين، فذلك غير الثمن[1] الذي سمّاه المكرِه، ولا هو ممّا يوافق غرضه؛ لأنّه [لا يختار][2] الزيادة، فصار ذلك بيعًا مبتدأً لم يتناوله الإكراه، فينفذ.

قال: ولو أكرهوه علىٰ بيعٍ فوهبَ، جاز ذلك؛ لأنّ الهبة عقدٌ مخالفٌ للبيع، والإكراه لم يتناوله، فنفذ عليه.

قال: ولو أكرهوه علىٰ بيع جاريته، ولم يسمّوا له أحدًا، فباعها من إنسانٍ، كان البيع باطلاً، لأنّ الإكراه إنّما يتناول العقد، وقد وقع بحسب مقتضىٰ الإكراه، فلم ينفذ.

قال: ولو أخذوه بمالٍ يؤديه فأكرهوه علىٰ أدائه، ولم يذكروا له جاريته بشيءٍ، [فباع جاريته] ليؤدّي ذلك [المال]، وذلك المال أصله باطلٌ فالبيع جائزٌ؛ وذلك لأنّ الإكراه تناول المال، ولم يتناول البيع، وإنّما هو المختار بالبيع ليتخلّص به من الإكراه، فإذا وقع البيع باختياره، فنفذ عليه.

[قال: ولو أكرهوه علىٰ أن يبيع جاريته ليؤدّي ذلك المال، وذلك المال أصله باطلٌ، فالبيع جائزٌ].

(قال: ولو أكرهوه علىٰ أن يبيع)[3] من فلانٍ بألف درهمٍ، فباعها منه بقيمة الألف دنانير، كان القياس في هذا: أنّ البيع جائزٌ، والاستحسان: أنّ البيع باطلٌ.

وجه القياس: أنّه لما عدل عن الجنس الذي سمّوه إلىٰ غيره، دل علىٰ أنّه

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في أ (اختار)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.



قصد البيع، ولم يفعل ما تناوله الإكراه، فنفذ[1] البيع، كما لو باع [بعرضٍ][2] أو بمكيلٍ.

وجه الاستحسان: أن الدراهم والدنانير في البياعات قد أجريت[3] مجرىٰ الجنس الواحد، ألا ترىٰ أنهما أثمان الأشياء، فصار (القصد من أحدهما كالقصد من الآخر)[4]، فالإكراه علىٰ أحدهما كالإكراه علىٰ الآخر، وليس كذلك العروض والمكيلات؛ لأنها لم تجر مع الدراهم [مجرىٰ] الجنس الواحد، فبقيت علىٰ أصل القياس.

فإن قيل: أليس قد قال في أصل[5] هذا الباب: إنّهم إذا أكرهوه علىٰ الإقرار بألف درهمٍ، وأقرّ بمائة دينارٍ جاز الإقرار.

فالجواب: أنّ من أصحابنا من قال: إنّ المكرَه إذا أقرّ بدنانير قيمتها ألفٌ أو أقلّ لم يجز الإقرار، وإنّما جاز الإقرار؛ لأنّ المائة دينار قيمتها في الغالب أكثر من ألفٍ، [فلمّا][6] عدل عن الجنس والقدر لم يكن مكرهًا.

ومن أصحابنا من حمل المسألة علىٰ ظاهرها وقال: إنّ الدراهم والدنانير في البياعات أجريا مجرىٰ الجنس الواحد استحسانًا، ولم يوجد ذلك في الإقرار، فبقي علىٰ أصل القياس.

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من ب.
(٢) في أ (بعوض) والمثبت من ب.
(٣) في ب (أجريا).
(٤) ما بين القوسين في ب (العقد بأحدهما كالعقد بالآخر).
(٥) في ب (أول).
(٦) في أ (فيما) والمثبت من ب.

وهذه المسألة نظيرها ما قالوا فيمن باع شيئًا بدراهم نسيئةً، ثم اشتراه بدنانير أقلّ من تلك الدراهم: أنّه لا يجوز [الشراء]، فأجروها مجرىٰ الجنس الواحد(١).

قال: ولو أنّ رجلاً له علىٰ رجلٍ حقٌّ من ملكٍ(٢) أو كفالةٍ بنفسٍ أو غير ذلك، فأُكْرِهَ بوعيدٍ بقتلٍ أو حبسٍ حتىٰ أبرأ منه الذي عليه الحقّ، كانت البراءة باطلةً، وكذلك لو وجبت له شفعةٌ، فلمّا علم بها [أراد] أن يتكلّم بطلبها، فأكره حتىٰ سُدّ فوه ولم يُترك ينطق يومًا أو أكثر من ذلك، لم تبطل شفعته، وكذلك لو أكرهوه علىٰ تسليمها بعدما طلبها، كان تسليمه باطلاً، وكان علىٰ شفعته إن زال عنه الإكراه، فإن طلب عند ذلك وإلا بطلت شفعته؛ لأنّ البراءة من الدين إسقاطٌ(٣)، وإسقاط الكفالة والشُّفعَة يختلف فيه الجِدّ والهَزْل، فلا يصحّ مع الإكراه.

وكذلك السكوت عن طلب الشُّفعَة [بإكراهٍ] لا يبطل الشُّفعَة؛ لأنّ السكوت إنّما يبطل لدلالته علىٰ الرضا بإسقاط الحقّ، فإذا كان بإكراهٍ لم يدلّ علىٰ الرضا(٤).

---

(١) انظر: الأصل ٧/٣٣٢ وما بعدها.

(٢) في ب (مال).

(٣) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل، ٧/٣٣٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٨/٤٤١، ٤٤٢.

بَابُ
الإكراهِ على العتقِ والطلاقِ والنكاحِ وغيرِ ذلك

قال: ولو أنّ رجلاً أُكره بوعيدٍ بقتلٍ أو تلف عضوٍ على عتق عبده، أو على طلاق امرأته، أو على تزويجِ امرأةٍ، أو على [عفوٍ من دمٍ][1] وجب له، فذلك كله جائزٌ عليه، وقال الشافعي: لا يجوز[2].

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «**لا قيلولة في الطلاق**»[3]، وقال: «**ثلاثٌ جِدُّهن وهزلهن جِدٌّ: الطلاق، والعتاق، واليمين**»[4]، وروي: «**الطلاق، والنكاح، واليمين**»، فإذا استوى فيه الجِدُّ والهَزْل، فكذلك الإكراه [والطوع]؛ ولأنّه قاصدٌ إلى الإيقاع وإلى العقد، غير راضٍ بأحكامه، فصار كشرط الخيار وكالهَزْل.

قال: وإن أكره على عتق عبده، فللمولى أن يرجع بقيمة العبد على المكرِه (موسرًا كان أو معسرًا، والولاء للمولى المُعتِق.

وهذه المسألة تتضمّن أحكامًا:

---

(١) في أ (عقد من عقود ممن)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: الأم ص٦١١؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ٤١٧.

(٣) رواه من حديث صفوان الطائي: سعيد بن منصور في السنن (١/٣١٤)؛ والعقيلي في الضعفاء (٢/٢١١)؛ وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: (ذكره ابن أبي حاتم في العلل عن أبي زرعة، وإنّه واهٍ جداً) (٣/٢١٧).

(٤) رواه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أبو داود (٢١٩٤)؛ والترمذي (١١٨٤) وقال: «حسنٌ غريبٌ»؛ وابن ماجه (٢٠٣٩).

أوّلها: نفوذ العتق، وقد بيّناه.

والثاني: وجوب الضمان على المكرِه؛ لأنّه أتلف ملك الغير على طريق التعدّي، فيلزمه الضمان؛ ولأنّ فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه)[1] فيما يصح أن يفعله الإنسان لغيره، فصار المكرِه هو المُتْلِفُ.

والثالث: استواء اليسارِ والإعسار؛ لأنّ المكرَه في حكم المباشر للإتلاف، وضمان المباشر يستوي فيه اليسار والإعسار، وإنّما يفترق في العتق اليسار والإعسار في ضمان السراية.

والرابع: أنّ العبد لا سعاية عليه؛ لأنّ العتق وقع من جهة المولى، ولا حقّ لأحدٍ في ملكه مع تمام الملك، فصار كالمختارِ للعتق، وليس هذا كعبد الرهن إذا أعتقه الراهن وهو معسرٌ؛ لأنّ تعلّق حقّ الغير بالملك هو الذي أوجب السعاية، وليس هذا كالمحجور عليه إذا أعتق، أنّ السعاية واجبة عند أبي يوسف ومحمدٍ؛ لأنّ الحجر أوجب نقصان تصرفه، ونقصان ملكه.

والخامس: ثبوت الولاء للمولى؛ لأنّ العتق صحّ من جهته، وقال ﷺ: **«الولاء لمن [أعتق][2]»**[3].

السادس: أنّ المكرَه لا يرجع على العبد بالضمان؛ وذلك لأنّ الملك في رقبة العبد لا تنتقل إليه، ولا يجوز أن يرجع بالسعاية؛ ولأنّ المضمن[4] في

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (للمعتق)، والمثبت من ب، وهو الصواب في الرواية.

(٣) رواه من حديث عائشة رضي الله عنها: البخاري (٤٤٤)، ومسلم (١٥٠٤)

(٤) في ب (المسمى).

الغير[١] إنّما يرجع على العبد؛ لأنّه قام مقام المولى فيه، وفي ما كان له من السعاية، والمولى في مسألتنا لم يكن له حقٌّ في السعاية، فلا يثبت لمن قام مقامه.

قال: ولو كان عبدٌ بين رجلين، أُكرِه أحدهما بوعيدٍ بقتلٍ أو قطعٍ أو ضربٍ يخاف منه تلفًا، حتى أعتقه، كان حرًّا كلّه في قول أبي يوسف ومحمدٍ، والولاء للمعتِق، وهذه المسألة [أيضاً] تتضمّن أحكامًا:

منها: نفوذ العتق، وقد بيّناه.

ومنها: أنّ الشريك المعتِق لا ضمان عليه لشريكه؛ لأنّ فعله انتقل إلى المكرِه، فكأنّه الفاعل له، والعتق إذا وقع في نصيب أحد الشريكين بغير فعله لم يلزمه ضمان، كما (لو أبرأ أحدهما)[٢].

والثالث: وجوب الضمان على المكرِه للمعتِق في نصيبه[٣]، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنّه باشر الإتلاف على ما قدّمنا.

والرابع: [ضمانه][٤] لنصيب الذي لم يعتق، فإن كان المكره موسرًا فللشريك الذي لم يعتق عند أبي حنيفة ثلاثة[٥] خياراتٍ: (إن شاء ضمّن المكرِه)[٦]، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، وصار المكرِه كأحد الشريكين إذا أعتق نصيبه، وإن كان المكرِه معسرًا فلا ضمان عليه، وللشريك خياران: إمّا

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) ما بين القوسين في ب (كما لو ورثا ابن أحدهما).
(٣) في ب (نفسه).
(٤) في أ (عليه ضمانه)، بزيادة (عليه)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.
(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.



أن يعتق، أو يستسعي.

وإنّما اختلف الضمان في هذا التصرف باليسار والإعسار؛ لأنّه ليس بمباشرِ الإتلاف، وإنما يضمنه بالسراية، فهو [كعتق][1] أحد الشريكين، فإن كان الشريك قد اختار تضمين المكرِه، (فالولاء بين)[2] المكرِه والمكرَه؛ لأنّ نصيب الشريك بالضمان انتقل إلى المكرِه، فعتق على ملكه، وإن اختار الضمان أو السعاية، (فالولاء بين)[3] الشريكين نصفان.

فأمّا على قول أبي يوسف ومحمدٍ: فإن كان المكرِه موسرًا، فليس للشريك إلا الضمان، وإن كان معسرًا، فليس له إلا السعاية، على أصلهما: أن العتق لا [يتبعّض][4]، وللمكرِه في هذا الفصل إذا ضَمِن أن يستسعي العبد[5]؛ لأنّه قام مقامَ الشريك، وقد كان له أن يستسعي، فكذلك لمن قام مقامه[6].

قال: وإذا أكره على الطلاق قبل الدخول، فعليه نصف الصداق[7] الذي سمي، ويرجع الزوج على المكرِه بما غرم من ذلك، وإن كان الزوج لم يسمِّ مهرًا فعليه المتعة للمرأة، ويرجع الزوج على المكرِه بذلك؛ وذلك لأنّ المكرِه قرّر على الزوج ضمانًا كان يجوز أن [يتخلّص منه][8] بذلك، ألا ترى أنّ الفُرقة لو

---

(١) في أ (كعبد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.
(٢) في ب (قالوا لا يبرأ).
(٣) في ب (قالوا لا يبرأ).
(٤) في أ (ينتقص) والمثبت من ب.
(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٦) انظر: الأصل ٣١٣/٧ وما بعدها.
(٧) في ب (المهر).
(٨) في أ (يتخلص عنه) والمثبت من ب.

كانت بسببٍ من جهة المرأة أسقطت المهر والمتعة، فلمّا وقع الطلاق بإكراهه ألزمه ذلك الضمان، وقرّره عليه، فكأنّه أخذه من ماله فأتلفه.

قال: وإن كان الزوج قد دخل بها، فلها المهر كاملاً، ولا ضمان على المكرِه للزوج؛ وذلك لأنّ المهر استقرّ بالتسليم الأوّل، وإن سلم المُبدَل للزوج لم يجز أن يرجع ببدله على غيره؛ ولأنّ المكرِه لم يقرّر على المكرَه ضمانًا لم يكن؛ لأنّ المهر قد استقرّ بالتسليم، فلم يبق إلا إخراج البضع من ملك الزوج، وذلك لا قيمة له، فلا يضمن.

قال: [ولو] أكرهه فتزوجها بألف درهمٍ، ومهر مثلها عشرة آلاف، زوّجها أولياؤها وهم مكرهون، فالنكاح جائزٌ، ولا ضمان على المكرِه، ويقول القاضي للزوج: أنت بالخيار: إن شئت فأتمّ لها مهر مثلها وتكون امرأتك إن كان الزوج كفؤاً لها، وإن أبى فرّق بينهما ولا شيء لها، وإن رضي كانت امرأته بمهر مثلها.

وهذه المسألة تتضمّن أحكامًا:

منها: انعقاد النكاح، وقد قدّمناه(١).

ومنها: أنّ المكرِه لا ضمان عليه؛ لأنّه أخرج من ملكها منفعة البضع، وهي لا تتقوّم إلا بعقدٍ، أو شبهةِ عقدٍ(٢).

والثالث: أنّ الزوج إن لم يكن كفؤًا فالمرأة بالخيار من وجهين:

أحدهما: يقال للزوج: أتمم لها مهر مثلها، وإلا فرّقنا بينكما.

---

(١) في ب (بيناه).

(٢) في ب (شبهة) فقط.



والثاني: الخيار لعدم الكفاءة.

وإنّما يثبت الخيار لوجهين ؛ لأنّ المال يختلف فيه الجِدّ والهَزْل، ولا تصحّ التسمية مع الإكراه، فيجب مهر المثل.

فأمّا الكفاءة فلم ترض المرأة بالعقد، فكأنّ المولىٰ زَوّجَها [ظلمًا](١) بغير كفءٍ، فثبت لها الخيار، وللأولياء الخيار أيضًا من هذين الوجهين ؛ لأنّ عند أبي حنيفة لهم أن يعترضوا لعدم الكفاءة، ولنقصان المهر.

فأمّا علىٰ قولهما: فلهم الاعتراض لعدم الكفاءة، وليس لهم الاعتراض لنقصان المهر، فإن لم يتمم الزوج لها المهر، فُرّق بينهما، ولا شيء عليه ؛ لأنّ الفرقة جاءت قبل الدخول من جهة المرأة.

قال: فإن دخل بها غير [مكرهةٍ](٢)، فهذا رضًا منها بالنكاح ؛ وذلك لأنّ تمكينها له من نفسها إجازةٌ للعقد، فتصير كقولها: رضيت، ويسقط الخياران الثابتان لها، ويبقىٰ الخيار للأولياء.

قال: ولو أنّ رجلاً أكرهه أهل الشرك من العدو علىٰ أن يكفر بالله تعالىٰ، وله [٤٣٣/أ]، امرأةٌ حرّةٌ مسلمةٌ، ففعل ثم خُليَ سبيله، فأتاها، فقالت: إنك قد كفرت بالله، وقد بِنتُ منكَ، فقال الرجل: إنّما أظهرت ذلك وقلبي مطمئنٌّ بالإيمان، فَالقول قوله مع يمينه علىٰ ما ادّعاه، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن يفرّق بينهما.

وجه القياس: أنّ كلمة الكفر سببٌ لوقوع الفرقة كلفظ الطلاق، فكما

---

(١) في أ (طائعًا) والمثبت من ب.

(٢) في أ (مكرهٍ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.

يستوي لفظ الطلاق للطائع والمكرَه، فكذلك يستوي في الردّة، وإنّما استحسنوا؛ لأنّ كلمة الكفر ليست بفُرقةٍ، وإنّما تقع الفُرقة بحصول الكفر، ووجود الإكراه يمنع من الحكم بكفره، فلم يجز إيقاع الفرقة بحكم الكفر، والكفرُ لم يثبت[1].

(١) انظر: الأصل ٣١٣/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤٣/٨.



بَابُ
من الإكراهِ على الإقرارِ بالحدودِ

قال: ولو أنّ رجلاً أكرهه سلطانٌ بِضربٍ أو تهديدٍ بذلك، أو بحبسٍ أو قيدٍ حتىٰ يقرّ علىٰ نفسه بحدٍّ، أو قصاصٍ، أو بغير ذلك، فإنّ هذا كلّه باطلٌ، لا يؤخذ منه شيءٌ؛ وذلك لأنّ الإقرارَ خبرٌ يحتمل الصدق والكذب، وإنّما يُحمل علىٰ الصدق لحسن الظنّ بالمقِرّ، فإذا كان مكرَهًا زال حُسن الظنّ به، فبقي الاحتمال، فلم يجز إلزامه بما أقرّ به؛ ولأنّ الحدود تسقط بالشبهة، فإكراهه علىٰ الإقرار شبهةٌ.

قال: فإن أكرهه حتىٰ أقرّ ثمّ خلّىٰ سبيله، ثمّ أُخذ بعد ذلك فجيء به، فأقرّ بما كان قد تهدّد عليه بغير إكراهٍ إقرارًا مستقبلاً، أُخذ بذلك؛ وذلك لأنّ المكرَه إذا خُلّي وزال يد المكره عنه حتىٰ صار لا يقدر عليه، فقد انقطع حكم التهديد الأوّل، فإذا عاد إليه أو أُخذ[1] فأقرّ، فقد أقرّ بغير إكراهٍ، فيلزمه ما أقرّ به، وليس كذلك إذا لم يخلّه، ولكن قال له: إنّي لا آخذك بإقرارك، فإن شئت فأقرّ، وإن شئت فلا تقرّ، فأقرّ وهو في يده علىٰ حاله لم يجز الإقرار؛ لأنّ اليد ما دامت باقية عليه، فحكم الوعيد لم يسقط عنه، فهو وإن قال له: إن شئت فأقرّ، وإن شئت فلا [تقرّ]، [فهو][2] باقٍ علىٰ حكم الإكراه الأوّل، فلا ينفذ إقراره[3].

---

(١) (أو أخذ) سقطت من ب.

(٢) في أ (صار)، والمثبت من ب، وهو أليق بالسياق.

(٣) انظر: البدائع ٧/١٩٠.

قال: فإن خلّىٰ سبيله فلم يتوارَ عن عين[1] المكرِه حتّىٰ بعث من أخذه وردّه إليه، وأقرّ بالذي أقرّ به أوّل مرّةٍ من غير إكراهٍ ولا تهديدٍ، فإنّ هذا ليس بشيءٍ؛ وذلك لأنّ اليد باقيةٌ ما لم يغب عن عينه فتزول يده عنه، فإذا أقرّ مع بقاء حكم يده فالإكراه بحاله.

قال: ولو كان حين أقرّ به[2] [أقامه][3] عليه الذي أقرّ [له][4] من ذلك، فإن كان المقِرّ معروفًا بما أقرّ بهِ من ذلك إلا أنّه لا بيّنة به، فإنّ القياس في هذا أن يقتص مما يقتصُّ من مثله، وما لا يستطاع فيه القصاص ففيه الأَرْش في ماله، ولكنّا نستحسن ونجعل عليه الأَرْش في الجميع، وندرأ عنه القصاص.

وإن كان المكرَه لا يُعرف بشيءٍ ممّا أقرّ به، آخذُ فيه بالقياس فيما يستطاع فيه القصاص؛ وذلك لأنّ الإقرار مع الإكراه لا يتعلّق به الحكم، فصار الحاكم كالمبتدئ لإقامة الحدّ من غير بينةٍ ولا إقرارٍ، وإنّما استحسنوا إذا كان المقِرّ معروفًا بما أقرّ [به]؛ لأنّ ذلك شبهةٌ في مثله، والقصاص يسقط بالشُّبَه، والأَرْش لا يسقط، فأمّا إذا كان غير [متهمٍ][5]، فلا شبهة فيه، فيؤخذ فيه بالقياس.

وهذا كما قالوا في رجلٍ دخل دار رجلٍ فقتله صاحب الدار وقال: إنّه داعرٌ،

---

(١) في ب (بصر).

(٢) في ب (بذلك).

(٣) في أ (إذا قام)، والمثبت من ب، وما في أ لا يتضح معناه.

(٤) في أ و ب (به)، ولا يتضح معنىٰ العبارة بها، ولعل الصواب، (له)؛ إذ المعنىٰ أنه أقر للسلطان، فأقام السلطان عليه الحد، والله أعلم. وينظر المبسوط للسرخسي (٧١/٢٤)

(٥) في أ (منهي)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.



دخل عليّ (ليأخذ مالي، أو ليقتلني)[1]، فدفعته [عن نفسي] فقتلته[2]: فإن كان المقتول معروفًا بالدَّعارة[3]، فلا قصاص على صاحب الدار؛ لأنّ الظاهر من أهل الدَّعارة أنّهم يدخلون المنازل للفساد، فصار ذلك شبهةً في سقوط القصاص، فوجب الأرش، وإن كان المقتول لا يُعرف بالدَّعارة، اقتُصّ من صاحب الدار؛ لأنّه قتله وزعم أنّه وجد منه ما أباح القتل، فلا يُقبل قوله[4].

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنّ المقتول إذا كان معروفًا بالدَّعارة فلا قصاص ولا أرش[5].



(١) ما بين القوسين في ب (دخل علي ليلاً ليقتلني).

(٢) في أ (أو قتلته)، والمثبت من ب.

(٣) في النسخ (الذعارة) [بالذال المعجمة] وهو من الإفزاع.
والدعارة [بالدال المهملة]: الفساد والشرُّ، ورجل داعر: خبيث مفسد. كما في لسان العرب (دعر)، وهو المقصود هنا.

(٤) انظر: لسان الحكام ١/٣١٢.

(٥) انظر: الأصل، ٧/٣٢٠ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يُكْرهُ على ما يجعلُ لله على نفسِه

قال: ولو أنّ لصًا غالبًا أكره رجُلاً حتىٰ جعل علىٰ نفسه صدقةً لله تعالىٰ، أو حجّاً، أو عمرةً، أو غزوةً في سبيل الله، أو بدنةً، أو شيئًا مما يُتقرّب به إلىٰ الله، فتهدّد بقتلٍ، أو تلفٍ، أو غير ذلك، حتىٰ أوجب ذلك علىٰ نفسه، فهو واجبٌ كلّه، بمنزلة الطلاق والعِتاق.

وكذلك إذا (أُكرِه علىٰ أن)[1] يجعل علىٰ نفسه المشي[2] إلىٰ بيت الله [الحرام]، أو حلف بذلك علىٰ شيءٍ يَقدرُ أن يفعله، أو لا يقدر، أو أكرهه علىٰ يمين معصيةٍ، أو طاعةٍ، ثم حنث في يمينه، وجب عليه جميعُ ما أوجبَ علىٰ نفسه؛ لأنّ النذر واليمين ممّا يستوي جِدها وهَزْلها، فلا تختلف بالإكراه والطوع.

وقد دل علىٰ ذلك قوله ﷺ: «**ثلاث جدّهن جِدٌّ، وهَزْلهنّ جِدٌّ: الطلاق والنكاح واليمين**»[3]، ولمّا قدمنا من حديث حذيفة: أنّ المشركين استحلفوه أن لا يعين رسول الله ﷺ، فقال عليه السلام: «**نَفِي لهم بعهدهم، ونستعين عليهم بالله**»[4]، والنذر من جنس اليمين لقوله عليه السلام: «**النذر يمين، وكفارته كفارة يمين**»[5]، فلا يختلف بالإكراه وغيره.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (الحج).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) رواه مسلم (١٧٨٧).

(٥) رواه من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه: أحمد (١٧٣٧٨)، وقال المناوي في فيض القدير (٦/٢٩٨):=



وقد قالوا: إنّ المكرَه لا يرجع على المكرِه بما لزمه من ذلك ؛ لأنّه أوجبَ عليه حقّاً فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، لا يأخذه به الحاكم ، ولا يحبس فيه ، ولو أثبتنا له الرجوع ، أخذه به الحاكم وحبسه فيه ، وذلك إثبات الرجوع بأكثر مما أوجبه المكرِه ، فلا يصحّ .

قال: ولو أُكرِه علىٰ ظهارٍ من امرأته ، كان مُظاهرًا ، لا يقربها حتىٰ يُكفِّر ؛ لأنّ الظهار يستوي جِده وهَزْله كالطلاق ، ولأنّه موجبٌ للتحريم كالطلاق .

قال: فإن أجبره علىٰ أن يُكفِّر ، ففعل ، لم يرجع بذلك علىٰ الذي أكرهه ؛ لِمَا قدّمنا أنّ الكفارة معنًىٰ يلزمه فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، ولو رجع بها لثبت رجوعه بأكثر ممّا ألزمه المكرِه ، وهذا لا يصحّ .

وقد قالوا: إنّه لو أُكره علىٰ أن يعتق عبداً بعينه عن ظهاره ، فأعتقه ، لم يرجع عليه بشيءٍ إذا كان قيمةُ العبد قيمةً وسطًا[1] [يعتق مثله في الكفارة ؛ لأنّ ذلك كان مُستَحَقّاً عليه] ، وإن كانت قيمة العبد كثيرةً لا يعتق مثلها ، فالمكرِه ضامنٌ ؛ لأنّه أتلف عليه ، وذلك حين ألزمه تعيين العتق فيه ، ولم يكن لازمًا له ، ولا تجزئ الرقبة عن الكفارة ؛ لأنّ وجوب الضمان بالعتق [ينفي][2] الجواز عن التكفير[3] .



= (الحافظ العراقي قال: إن الحديث حسن).

(١) في ب (قيمة عبدٍ وسطٍ).

(٢) في أ (بمعنىٰ) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق.

(٣) انظر: الأصل ، ٣٥٦/٧ وما بعدها.



بَابُ
الرجل يُكرهُ على الإقرار بشيء ماضٍ

[٤٣٣/ب] قال أبو الحسن: كلّ شيءٍ أخبرتك[1] أنّه يلزم المكرَه مبتدئاً به على الإكراه، فإنّه إذا أُكرِه على أن يقرّ أنّه قد فَعلهُ أمسِ، أو يوم كذا، فذلك باطلٌ، عِتَاقًا كان أو ظِهَارًا، أو طَلَاقًا، أو نَذْرًا، أو حَلْفًا، والمقرّ يعتقه على ملكه كما كان.

وكذلك المُقَرّ بطلاقها زوجةٌ له، وكذلك لو أُكره على أن يقرّ بنسبٍ لم يلزمه؛ لأنّ الإقرار إخبارٌ عن [أمرٍ] ماضٍ، والخبر يحتمل الصدق والكذب، فإذا كان معه إكراهٌ فالظاهر ينفي حمله على الصدق، فلم يلزمه.

ولا يقال: إنّ من مذهب أبي حنيفة أنّ من قال لعبده ومثله لا يولد لمثله: هذا ابني، عتق [عليه]، وإن علمنا أنّه كذب في إخباره.

وذلك لأنّ الإقرار بالنسب إيقاع حريّةٍ، وذلك لا يحتمل الصدق والكذب، فلذلك أوقع العتق.

قال: ولو أنّ نصرانيًا أُكره على الإسلام حتى أسلم، كان مسلمًا، فإن رجع إلى النصرانية لم يُترَك، وأُجبِر على الإسلام، فإن أبى أن يسلم لم يقتل، وحُبس.

أما وقوع الإسلام مع الإكراه فلقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَسۡلَمَ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ

(١) في ب (ألزمتك).

﴿وَٱلۡأَرۡضِ طَوۡعٗا وَكَرۡهٗا﴾ [آل عمران: ٨٣]، وقال ﷺ: «**أمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا لا إله إلا الله**»[1]، وهذا إكراهٌ علىٰ الإسلام؛ ولأنّ النبي ﷺ قَبِل ظاهر الإسلام من المنافقين الذين أسلموا خوفًا وأبطنوا الكفر، وهذا إنّما يكونُ مسلمًا في الظاهر، فأمّا فيما بينه وبين الله تعالىٰ إذا لم يعتقد فليس بمسلمٍ.

فأمّا إذا رجع عن الإسلام لا يُقبَل؛ لأنّ فعل المكرِه ينتقل إلىٰ المكرَه، فيصير كمن أسلم بإسلام غيره، وقد قالوا في الكافر إذا أسلم وله أولادٌ صغارٌ: حكم بإسلامهم، فإن بلغوا كفارًا أجبروا علىٰ الإسلام ولم يُقتَلوا؛ لأنّهم لم يسلموا بأنفسهم، كذلك هذا.

قال: ولو لم يُكرَه علىٰ الإسلام، ولكن أُكرِه علىٰ أن يقرّ أنّه أسلم أمس، فأقرّ، لم يُحكم بإسلامه؛ لِمَا بيّنا أنّ الإقرار مع الإكراه لا يتعلّق به حكمٌ، وإن كان المكرَه عليه لا يؤثّر الإكراه فيه[2].



(١) رواه البخاري (٢٥)؛ ومسلم (٢٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) انظر: الأصل، ٧/٣٦٦.



بَابُ
الإكراه على الزنا والقَطعِ
وقد أَذِنَ له في ذلك المَفْعُولُ به أو لَمْ يَأْذَنْ

قال محمدٌ: كان أبو حنيفة يقول: لو أنّ سلطانًا أو غيره أكره رجلاً حتّىٰ زنىٰ، كان عليه الحدّ؛ لأنّه لا ينتشر إلا بلذّةٍ، وإن أكرهوا[1] امرأةً لم يكن عليها الحدّ، ثم رجع أبو حنيفة بعد ذلك فقال: إذا أكره الرَّجُلَ سلطانٌ علىٰ ذلك فلا حدّ عليه، وإن أكرهه غير السلطان كان عليه الحد، وإذا دُرِئ [عنه] الحدّ وجب [عليه] المهر، وإذا وجب عليه الحدّ بطل المهر.

وقال محمدٌ: إذا أكره الرجلَ [قومٌ] غير السلطان، وكانوا في ذلك بمنزلة السلطان، كلصوصٍ أخذوه [في طريق المسلمين]، أو في منزلٍ لا يقدر فيه علىٰ منعهم، فقالوا له: لنقتلنّك، أو لنقطعنّ منك عضوًا، أو لتزنينّ بهذه المرأة، فوقع في (غلبة علمه)[2] أنّهم فاعلون [به] ذلك، فزنىٰ بها فلا حدّ عليه، [وعليه المهر.

أمّا قول أبي حنيفة الأول أنّ إكراه السلطان وغيره لا يُسقط الحدّ]، وهو قول زفر؛ لأنّ الوطء لا يمكن إلا بالانتشار، وذلك لا يكون مع الخوف، فلمّا وُجد [ذلك] دلّ علىٰ أنه ليس بخائفٍ، فكأنّه زنىٰ بغير إكراهٍ.

---

(١) في ب (أكرهت).

(٢) في ب (قلبه).



وأمّا وجه قوله الثاني في الفرق بين إكراه السلطان وغيره[١]: فقد اختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: عند أبي حنيفة لا يكون الإكراه إلا من السلطان؛ وذلك لأنّ السلطان لا يمكن مغالبته، ولا التظلُّم منه إلىٰ غيره، وغير السلطان يُتظلَّم منه إلىٰ السلطان، فيغالب؛ فلذلك تعلّق الحكم بإكراه السلطان دون غيره.

ومنهم من قال: إنّه كان في زمن أبي حنيفة لا غلبة إلا للسلطان، ولم يكن غيره يقدر علىٰ إجبار[٢] الناس، فأجاب علىٰ ما شاهد، وكان في عصرهما قد تكون الغلبة [للسلطان][٣] ولغير السلطان، فأجابا علىٰ ما شاهداه.

ومن أصحابنا من قال: إنّه أراد بالسلطان: الإمام؛ لأنه إذا أكره علىٰ الزنا فسق وانعزل، فحصل الزنا وليس هناك من يملك إقامة الحدّ.

ولا يقال: إنّ خلفاء الإمام لا ينعزلون بعزله؛ لأنّهم إنّما يملكون الولاية بأمره، فإذا لم يملك هو الإقامة[٤]، صار ذلك شبهةً [في إسقاط الحدّ].

ومن أصحابنا من قال: الإمام وغيره من السلاطين سواءٌ؛ لأنّ السلطان مأمورٌ بدرء الحدّ، فإذا أَكره علىٰ أسبابها فقد توصل إلىٰ إثباتها، فيلحقه التهمة، ولا يملك [الإقامة][٥].

وجه قولهما: أنّ الانتشار في[٦] طبع الآدميّ يحصل بغير اختياره، ثم يُكره

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (إكراه).
(٣) في أ (للصوص)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.
(٤) في ب (لم يملك هذا الإمام).
(٥) في أ (إلا به)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تعليل الحكم.
(٦) في ب (مِن).



علىٰ الموافقة فيصحّ الإكراه ويسقط الحدّ، وإنّما وجب المهر (إذا سقط الحد)[١]؛ لأنّ الوطء في ملك الغير لا يخلو: من حدٍّ، أو مهرٍ، فإذا سقط [الحدّ] بالشبهة وجب المهر، وإذا وجب الحدّ لانتفاء الشبهة سقط المهر[٢].

قال: فإن أذِنَتْ له في ذلك من نفسها حين استكرهوه[٣]، [واستكرهوها استكراهاً]، فهو آثمٌ إن أقدم علىٰ ذلك؛ لأنّ في ذلك مظلمةً لها إن استكرهوها (إن كانت مستكرهة)[٤]، وإن لم تكن مستكرهةً فليس يحلّ لها أن تأمره، ولا حدّ عليه في الوجهين [جميعاً]، ولا يرجع علىٰ الذي أكرهه بالصَّداق [إن وجب عليه ذلك]؛ وذلك لأنّ وَطْأَها علىٰ وجه الزنا من مظالم العباد التي لا تبيحها الضرورة، فإذا أقدم عليها كان آثمًا، فأمّا إذا أذِنَتْ له غير مكرهةٍ، فهي لا تملك الإباحة، فوجود إذنها وعدمه سواءٌ.

قال: فإن كان [أكره][٥] بسجنٍ أو قيدٍ أو ضربٍ لا يخاف منه تلفًا علىٰ أن يزني بامرأةٍ مطاوعةٍ أو مستكرهةٍ، فليس يحلّ له أن يفعل هذا، فإن فعل فهو آثمٌ، وعليه الحدّ، لا يُدرأ [الحدّ] إلا في الضرورة التي يخاف منها التلف، أو تلف بعض الأعضاء؛ وذلك لأنّ السجن والقيد إكراهٌ في الأموال والعقود، فأمّا المحظورات [فلا إكراه][٦] فيها [إلا] ما يخشىٰ منه تلف نفسه أو عضوٍ من أعضائه، وذلك لم يوجد.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٧/٣٤٣.

(٣) في ب (أمروه).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في أ (الكره) والمثبت من ب.

(٦) في أ (والإكراه) والمثبت من ب.

قال: ولو أُكره على قطع يد رَجُلٍ، فقال الرجل: قد أذنت لك في القطع، فاقطع! والآذن له غير مكرَهٍ، فإن المكرَه لا يَسَعُه أن يقطع، فإن قطعها فهو آثمٌ، ولا شيء عليه، ولا على المكرِه؛ وذلك لأنّ صاحب اليد لو قطعها بنفسه كان آثمًا، وإذا أمر بقطعها فالمأمور في حكمه، وإنّما يسقط الضمان؛ لأنّه لو وجب لوجب الحقّ للمقطوع[1]، وقد رضي بإسقاط حقّه حين أذن في ذلك.

قال: فإن كان صاحب اليد أُكره بقتلٍ[2] حتى أمره بذلك، فالمأمور بالقطع آثمٌ، فإن فعل كان لصاحب اليد أن يقطع به[3] الآمر.

وهذه مسألة الإكراه على القتل، قال أبو حنيفة ومحمدٌ: يجب القصاص على المكرِه، وقال أبو يوسف: يجب على المكرِه الدِّيَةُ، وقال زفر: يجب على المكرَه القصاص.

لأبي حنيفة ومحمد: أن فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه، فيصير كأنّه هو الفاعل له، فكأنّه أخذ بيده وضربه [٤٣٤/أ]؛ ولأنّه صار [كالآلة][4] حين ضربه على اختياره، فوجب القصاص عليه.

وجه قول زفر: أنّ المأمور لا يحلّ له الإقدام على الفعل بالإكراه[5]، فصار وجود الإكراه وعدمه سواءً، فكأنّه قتله بغير إكراهٍ.

لأبي يوسف: أن المكرِه لم يباشر الإتلاف، وإنّما هو سببٌ فيه، وضمان

---

(١) في ب (لحق المقطوع).
(٢) في ب (بقطع).
(٣) في ب (يد).
(٤) في أ (كالدلالة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في التعليل.
(٥) في ب (بالإقرار).



الأسباب يتعلّق به الدية دون القصاص.

قال: ولو قيل له: لنقتلنّك أو [لتقتلنّ فلانًا][1]، فقال الذي أُمِر بقتله: [اقتلني][2] وأنت في حلٍّ من ذلك، وهو غير مكرَهٍ، فقتله عمدًا بالسيف، فهو آثمٌ ولا شيء عليه، والدِّيَة في مال الآمر.

وهذه رواية الأصل: أنّ من أذن لغيره في قتله فقتله فعليه الدّية، فإن أذن له في قطع يده فقطعها فلا شيء عليه، (والدّية في مال الآمر)[3].

وقال أبو يوسف: لا شيء عليه فيهما.

وقال زفر: عليه القصاص في النفس.

ذكر الاختلاف في اختلاف أبي يوسف وزفر.

أمّا وجه رواية الأصل في وجوب الضمان: فلأنّ الواجب بالقتل إنّما يستحقه الورثة، فإذا أذن فيه فكأنّه أسقط حقّاً لهم، والواجب بالقتل أحد أمرين: [إمّا] القصاص، أو الدِّيَة، والقصاص من حقّ المقتول، وإنّما يستوفيه الورثة له، فإذنه يؤثّر فيه، والدّية [حق للورثة][4]، فإذنه لا يؤثّر في إسقاطها؛ ولأنّ إذنه في القتل شبهةٌ في سقوط القصاص، [والقصاص] إذا دخلته الشبهة وجبت الدّية، وليس هذا كقطع اليد؛ لأنّ الواجب بها حقّ الآمر دون الورثة، فإذنه يُسقط حقّه.

(١) في أ (لتقتلنه) والمثبت من ب.
(٢) في أ (اقتله) والمثبت من ب.
(٣) ما بين القوسين سقطت من ب. انظر: الأصل ٧/٣٤٤.
(٤) في أ (والدية عن الورثة) والمثبت من ب.



وجه قول زفر: أنّ الإذن لا يتعلّق به حكمٌ؛ لأنه أذن فيما لا يملك، فكأنّ القاتل قتله بغير إذنه.

وأمّا أبو يوسف فقال: إنّ الواجب بالقتل من الدّية حقٌّ للمقتول؛ بدلالة أنّه يقضىٰ منه ديونه وتنفّذ وصاياه، فإذنه في سببه يُسقطه؛ ولأنّ الإذن في القتل يجري مجرىٰ [العفو][1]، ولو عفا بعد الجرح سقط القصاص والدّية، فكذلك هذا.

قال: ولو أُكره علىٰ أن يصنع فيه شيئًا لا يخاف منه تلفًا من ضرب سوطٍ أو نحوه، ففعل به ذلك، رجوت أن لا يكون عليه إثمٌ؛ لأنّ هذا فيه [ضررٌ][2] وليس فيه تلفٌ، فصار كأخذ ماله.

قال: فإن مات منه، فإن كان المقتول أمره بأن يفعل ذلك، فلا ضمان عليه، ولا علىٰ المكره، وإن كان لم يأمره، فعلىٰ الذي أكرهه الدية؛ وذلك لأنّه أذن له في ضربه، وذلك مستباحٌ بالإذن له، ألا ترىٰ أنّه قد يفعل ما دون النفس للحاجة، كقطع اليد عند[3] الأَكِلَة[4]، فأَمْر الآمر يُسقط ما يتعلّق بما دون النفس من الضمان، فإن كان لم يأمره فقد قتله بالضرب، فيجب عليه الدية.

قال: وإن أكرهه علىٰ أن يأخذ من ماله فيرمي به في مهلكةٍ، فأذن له صاحب المال بغير إكراهٍ، فلا شيء فيه[5]؛ لأنّ حرمة المال إنّما تثبت لأجل المالك،

---

(١) في أ (العقود)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٢) في أ (ضرب) والمثبت من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) (الأَكِلَة: داءٌ في العضو يأتكل منه). القاموس المحيط (أكل).

(٥) في ب (فلا ضمان عليه).

وهو ممّا يستباح بالإباحة ، وإذا أذن في استهلاكه سقط الضمان ، (وإن كان أُكره حتىٰ أذن ، فالضمان علىٰ المكرِه للمتلَف ؛ لأن فعل المتلِف انتقل إليه ، وقد أتلف بغير رضا صاحب المال)[١] .

قال: ولا إثم علىٰ المكرَه في المال ؛ لأنّ مال الغير يجوز استباحته لدفع الضرر ، كما لو خاف علىٰ نفسه [عند الجوع] فأكله .

قال: والعبد والأمة فيما يأذن به مولاهما كالحرّ والحرّة ، يعني أنّ المولىٰ إذا أذن في جماع الأَمَةِ ، فهو كإذن حرّةٍ ؛ لأنّ المولىٰ لا يملك إباحة ذلك ، وكذلك إذا أذن المولىٰ في قطع يدها ؛ لأنّه لا يملك ذلك منها ، فلا يصحّ إذنه فيه ، فكذلك لو أذنت الأمة ؛ لأنّها لا تملك ذلك منها[٢] ، فإذا أذن له المولىٰ في قتلها ، فلا ضمان عليه ؛ لأنّ الضمان إنّما يجب لحقّ المولىٰ ، وقد رضي بإسقاطه حين أذن في [سببه][٣][٤] .



(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (من نفسها) ، وهنا في أ زيادة (فلا يصح إذنه) ، وليست في ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٣) في أ (نفسه) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح في تصوير تعليل الحكم .

(٤) انظر: الأصل ، ٣٤٢/٧ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٥/٨ .

بَابُ
الإكراهِ على البيع والشراءِ فيبيعهُ المشترِي أو يعتقُهُ

قال أبو الحسن: لو أنّ لصوصًا غالبين ممتنعين أكرهوا رجلاً على بيع عبدٍ يساوي عشرة آلاف درهم، على أن يبيعه من هذا الرجل بألف درهمٍ، وأكرهوه بوجهٍ من تلف: من قتلٍ، أو قطع عضوٍ، أو ضربٍ يخاف منه تلف بعض ذلك(١)، فأمروه [أمراً]، وهو يخاف إن لم يفعل ذلك لما [يناله](٢) من حالهم، فأمروه أن يبيعوه من هذا الرجل بهذا الثمن، ويدفع إليه ويقبض الثمن، ففعل ذلك وتقابضا، والمشتري غير مكرَهٍ، فلمّا تفرّقوا عن المجلس قال البائع المكرَه: قد أجزت ذلك البيع، كان جائزًا.

وكذلك لو لم يكن قبض الثمن فقبضه من المشتري بعد ذلك(٣)، كان هذا إجازة للبيع(٤).

والأصل في ذلك: أنّ فعل المكرِه ينتقل إلى المكرَه، فصار كأنّه باع، فإذا أجازه المالك، جاز.

ويجوز أن يقال: إنّه بمنزلة البيع المشروط فيه الخيار للبائع؛ لأنّ المكرَه لم يرض بخروج الشيء من مِلْكِهِ، فإذا أجاز العقد جاز، كما لو أجازه مَنْ شَرَط

---

(١) (بعض ذلك) سقطت من ب.

(٢) في أ (بدا له) والمثبت من ب.

(٣) (بعد ذلك) سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٣٤٦/٧.

الخيار لنفسه.

ويجوز أن يقال: إنّ العقد انعقد، والإكراه مانعٌ في تمامه، فهو كما لو شرط البائع لنفسه شرطًا فاسدًا، ثم أسقطه.

وقد شبّه محمدٌ البيع مع الإكراه تارةً بشرط الخيار للبائع، وتارةً بالشرط الفاسد إذا كان [مُلحَقاً][1] بالعقد، وإذا ثبت أنّ البيع يتمّ بالإجازة، فكذلك بقبض الثمن؛ لأنّ [الفعل][2] الدالّ على الإجازة يجري مجرى القول.

وعلى هذا قالوا في البيع الموقوف: إذا قبض المالك الثمن كان ذلك إجازةً للعقد.

قال[3]: ولو أنّ البائع لم يجز العقد، ولم يقبض الثمن حتى أعتق المشتري العبد، فعِتْقه جائزٌ، وكذلك لو دبّره، وكذلك لو كانت أمةً فوطئها[4]، فعلقت منه[5]؛ وذلك لأنّ [البائع][6] قد سلّط المشتري على التصرّف، والإكراه لا يمنع صحة التسلّط على العتق، كما لا يمنع نفوذ العتق لو أكرهوه على إيقاعه، فصار [هذا] العقد في الأحكام التي يلحقها الفسخ كالبيع الموقوف والمشروط فيه الخيار، وهو في الأحكام التي لا يلحقها الفسخ كالبيع الفاسد إذا قبضه المشتري [نفذ][7] عتقه فيه، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ التسليط على العتق مع الإكراه صحيحٌ،

---

(١) في أ (عليها) والمثبت من ب.
(٢) في أ (العقد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.
(٣) في ب (قالوا).
(٤) في ب (فاستولدها).
(٥) (فعلقت منه) سقطت من ب.
(٦) في أ (المنافع)، والمثبت من ب.
(٧) في أ (بعد) والمثبت من ب.

فهو كالتسليط في العقد الفاسد، والتسليط على البيع بالإكراه، لا يصحّ، فصار كالموقوف، ففارق هذا العقد الموقوف؛ لأنّ التسليط لا يوجد هناك من المالك، وقد وجد هاهنا التسليط، فإن كان معه إكراهٌ وفارق البيع المشروط، فيه الخيار؛ لأنّ الخيار هاهنا من طريق الحكم.

قال: فإن قال المكرَه بعد ذلك: قد أجزت البيع، كانت إجازته باطلةً؛ لأنّ العقد قد وجبَ للمشتري بالقيمة، فلا يتحوّل عن ذلك، وإنّما لم تجز الإجازة لِمَا قدّمنا [٤٣٤/ب][1] أنّ العتق وقع، فصار العبد لا يجوز ابتداء البيع فيه، فلا يلحقه الإجازة، كما لو مات ثم أجاز المالك، لم يجز.

قال: ولو لم يكن عتقٌ، ولا تدبيرٌ، ولا استيلادٌ، ولا إجارةٌ، حتىٰ قال المشتري للبائع: قد نقضت البيع فيما بيني وبينك، فقال البائع: لا أجيز نقضك، وقد أجزت [البيع]، لم يكن إجازته بشيءٍ، فقد انتقض البيع؛ وذلك لأنّ القبض إذا لم يوجد فلكلّ واحدٍ منهما فسخ العقد، أمّا البائع فللإكراه، وأمّا المشتري [فحتىٰ] لا يلزمه الضمان، وهذا كمن باع ملك غيره بغير أمره، له أن يفسخ العقد قبل الإجازة ليتحرّر من ضمان العهدة التي تلزمه بالإجازة.

فأمّا إذا قبض المشتري، فللبائع أن يفسخ لأجل الإكراه، وليس للمشتري أن يفسخ؛ لأنّ الضمان قد وجب عليه بالقبض، وإنّما جاز له الفسخ ليتخلّص من الضمان، وإذا كان الضمان قد وجب فلا معنىٰ للفسخ.

---

(١) بداية هذا الوجه [ب] من هذه الورقة (٤٣٤) كان (وجوب المهر استقر بالدخول...)، وهو لا يتناسب مع السياق، وظهر عند المقارنة مع النسخة ب أن الوجه المناسب في السياق هو الوجه [ب] من الورقة (٤٣٥)، فتمّ إثباته هنا، فقد جرىٰ خللٌ في النسخة أ، فوضع الوجه [ب] من الورقة (٤٣٤) مكان الوجه [ب] من الورقة (٤٣٥)، وبالعكس.




وعلىٰ هذا [قالوا]: لو كان المشتري مكرَهًا والبائع غير مكرَهٍ، فإنّ لكلّ واحدٍ منهما الفسخ قبل القبض، فإذا قبض المشتري ثبت الفسخ للمشتري دون البائع؛ لأنّهما إذا لم[1] يتقابضا فللمشتري الفسخ للإكراه، وللبائع الفسخ حتىٰ لا يخرج الشيء[2] من ملكه، فإذا حصل القبض فللمشتري الفسخ للإكراه[3]، والبائع ليس له الفسخ؛ لأنّ الشيء خرج من ملكه[4].

وعلىٰ هذا: البيع إذا فسد بشرطٍ ملحقٍ، جاز لكل واحدٍ منهما [فسخه] قبل القبض، وإذا قُبض ثبت الفسخ لمن له الشرط، ولم يثبت للآخر، وإذا ثبت أنّ البيع انفسخ بفسخ المشتري، لم تعمل إجازة البائع من بعدها[5]؛ لأنّها حصلت ولم يبق هناك عقدٌ.

قال: ولو لم يبطل البائع البيع حتىٰ قبضه المشتري بإكراه البائع، فباعه من آخر بغير إكراهٍ، فالبائع علىٰ خياره: إن شاء أبطل البيع وأخذ عبده، وإن شاء أجازه، فإن أجاز البيع الأول جاز الثاني، وإن أجاز الثاني جاز الأول، وكذلك لو تفاسخ العقد عشرة بعضهم يبيع من بعضٍ؛ وذلك لأنّ الفسخ ثابتٌ للبائع، وقد بيّنا أنّ تسليطه في باب البيع كلا تسليط، فلا يملك المشتري إسقاط حقّه من الفسخ ببيعه، فصار هذا [كلّه] كالبيع الصحيح.

وإذا لم يدفع المشتري الثمن، وقبض [المبيع][6] بغير إذن البائع،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (فاستولدها).
(٣) في ب (المبيع).
(٤) انظر: الأصل ٣٤٨/٧.
(٥) في أ (هذه)، والمثبت من ب.
(٦) في أ (البائع)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في تصوير المسألة.

[فباعه][1]، كان للبائع حقّ الفسخ، وكذلك المشتري إذا باع، فللشفيع نقض بيعه؛ لأنّه ثبت له حقّ الأخذ، وليس للمشتري إسقاط ما ثبت له.

فأمّا إذا أجاز أحد العقود جازت كلّها: ما قبله وما بعده؛ لأنّ الملك قد وقع للمشتري بالعقد، بدلالة جواز عتقه، فالإجازة تعمل في إسقاط حقّ الفسخ، لا في إفادة الملك، و[سقوط] حقّ الفسخ في البيع لا يتمّ إلا بجواز[2] البيع الذي قبله، وإذا سقط فيه سقط فيما بعده.

وليس هذا كالشراء الموقوف إذا تناسخته أيدٍ، [فأجاز][3] المالك أحد العقود بطل ما قبله وما بعده[4]؛ لأن العقود كلها [وقفت][5] علىٰ إجازة المالك، فإجازته لأحدها إسقاط لبقيتها؛ ولأنّ العقد الموقوف وقفٌ للمالك، فإذا أجاز أحد العقود ملك بالإجازة، فطرأ ملكٌ صحيحٌ علىٰ ملكٍ موقوفٍ، فأبطله.

وفي مسألتنا، الإكراه لم [يوقف][6] الملك علىٰ ما قدّمنا، وإنّما وقف لإسقاط الحقّ، فهو كالقبض بغير إذن البائع.

قال: فإن أعتقه المشتري الآخر قبل إجازة البيع، وقد [تناسخ][7] البيع عشرةٌ، كان العتق جائزًا علىٰ الذي أعتقه، قبضه أو لم يقبضه، وإن سلّم البائع

---

(١) في أ (فبائعه) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

(٢) في ب (بإجازة).

(٣) في أ (فأذن)، والمثبت من ب.

(٤) (وما بعده) سقطت من ب.

(٥) في أ (وقعت) والمثبت من ب.

(٦) في أ (يقدم)، وفي ب (يقف) والمثبت هو المناسب في السياق.

(٧) في أ (تفاسخ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق؛ إذ الكلام عن تداول الأيدي علىٰ العقد، وليس عن تفاسخ أصحاب العقود.

المكرَه المبيع بعد ذلك لم يجز تسليمه، وكان له أن يضمّن أيّهم شاء: إن شاء ضمّن الذي أكرهه، وإن شاء ضمّن [أيّ] المشتريين شاء[1].

أمّا جواز العتق من المشتري الآخر قبل القبض وبعده؛ فلأنّ البائع المكرَه يصحّ تسليطه على العتق، فملك ذلك المشتري منه بتسليطه، وإذا باع فقد سلّط المشتري على ملكه، فصار في حقهما كالبيع الصحيح، فينفذ العتق [من المشتري الآخر] قبل القبض وبعده.

وإنّما لم تعمل إجازة المالك بعد ذلك؛ لأنّ العبد قد صار بالعتق بحيث لا يصحّ دخوله تحت العقد، فلا تلحقه إجازةٌ بالقول كالعبد الهالك، وإذا وقع العتق ولم يلحق [العقد][2] إجازةٌ، صار كلّ واحد من المكرِه والمشتريين كالغاصب للعبد، فللمالك أن يضمّن أيّهم شاء قيمة عبده.

قال: فإن ضمّن المكرِه كان للمكره أن يرجع على المشتري الأول بالقيمة، وصحّت البياعات كلّها؛ وذلك لأنّ المكره ليس بينه وبين المشتري الأوّل عقد بيعٍ حتى يجوز العقد بينهما بالتضمين، وإنّما أقامه المولى مقام نفسه فيما كان له من تضمينه، فرجع عليه بالقيمة التي ضَمِنها، وقد كان ثبت له حكم الملك بضمان الثمن، فلمّا ضمن القيمة سلم له الملك بها، ويستحيل أن يملك العبد بضمان القيمة والثمن، فبطل ضمان الثمن عنه، وملك العبد من طريق الحكم من وقت قبضه، [فصحّ][3] كلّ بيعٍ حصل بعد ذلك.

---

(١) انظر: الأصل ٧/٣٤٧.

(٢) في ب (العتق).

(٣) في أ (ففسخ)، والمثبت من ب، وهو المناسب؛ لأنّ الكلام عن بيع المشتري الذي ضمّنه المكرَه، وإذا ضمن ملكه بالضمان، فيكون قد باع ملكه، فتصحّ العقود بعده، ولا يحكم بفسخها.

وقد فرّقوا بين التمليك(١) الواقع بالتضمين، وبين الملك الواقع بالإجازة في العقد الموقوف، فقالوا: لا تصحّ الإجازة بالقول الأوّل لمعقودٍ عليه يصح ابتداء العقد فيه، والإجازة بالتضمين يملك بها بعد العتق.

والفرق بينهما: أنّ الإجازة في الموقوف يلحق العقد قولاً، فهي كالعقد، فلا يصحّ فيما لا يصحّ العقد فيه، فأمّا التضمين فيملك به حكمًا، فيصح مع العتق كما يصحّ في المستهلَك.

قال: فإن ضمّن البائع المشتري برئ الذي أكرَهه، وصحّت البياعات كلّها؛ وذلك لأنّ تضمين المشتري يملك به المبيع من جهة البائع، فيستحيل أن يثبت له الضمان على غيره كالمالك إذا ضمّن غاصب الغاصب، برئ الغاصب.

قال: فإن اختار تضمين أحد المشتريين صحّ كلّ بيعٍ كان بعد ذلك، وبطل كلّ بيعٍ كان قبله؛ وذلك لأنّ الضامن ملك [العبد](٢) حكمًا، وأُسند ملكه إلى حين القبض، فكأنّه كان مالكًا من ذلك الوقت، فجازت البياعات بعده، ويبطل ما قبله؛ لأنّ بائعه ثبت عليه ضمان الثمن، وفيما ملك المبيع بالقيمة استحال أن يبقى ضمان(٣) الثمن مع ذلك، فبطلت البياعات المتقدّمة على الضمان.

قال: ولو أنّ رجلاً أَكْرَهَ رجلاً أن يشتري من رجلٍ عبدًا له يساوي ألفاً بعشرة آلاف، والبائع غير مكرَهٍ، فأكرهه على الشراء والقبض، ودفع الثمن ببعض ما وصفت لك من الإكراه، فلمّا قبض المشتري العبد أعتقه، أو دبّره، أو [كانت](٤)

(١) في ب (الملك).
(٢) في أ (العقد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في سياق الكلام.
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٤) في أ (كاتب) والمثبت من ب.



أمة فوطئها ، فعلقت أو لم تعلق ، أو قبّلها بشهوة ، أو نظر إلىٰ فرجها بشهوةٍ ، وأقرّ بذلك ، أو قال: قد رضيتها بذلك الثمن الذي أخذت ، فذلك جائزٌ عليه كلّه ؛ وذلك لأنّ الشراء مع الإكراه واقعٌ ، ولم يوجد الرضا من المشتري ، فصار بمنزلة شرط الخيار للمشتري ، ولأنّ العقد لم يتمّ من جهته ، فصار كما لو شرط الخيار ابتداءً ، أو اشترىٰ إلىٰ الحصاد ثم أسقط الشرط ، أو فعل ما يدلّ علىٰ الرضا نفذ العقد عليه ، كذلك هذا ، وإذا تمّ العقد وقع العتق والتدبير.

ولو أعتقه البائع ، والمسألة بحالها بعد قبض المشتري ، فالعتق باطلٌ ؛ لأنّ المشتري ملكه بالقبض [٤٣٥/أ][(١)] فله الخيار ، فعتق البائع فيه لا ينفذ.

ولو لم يقبضه المشتري والمسألة بحالها فأعتقه البائع ، فعتقه فيه جائزٌ ؛ لأنّه علىٰ ملكه ؛ إذ ملك المشتري لا يقع إلا بالقبض أو بالإجازة ، فإن أعتقه المشتري ، فالقياس: أن لا يقع عتقه ؛ لأنّه [يملكه][(٢)] بالقبض ، ولم يوجد ، والاستحسان: أن ينفذ عتقه ؛ لأنّ العتق قد تمّ من جهة البائع ، وإنّما وقف لعدم الرضا من المشتري ، (فإذا أعتقه فقد أجاز البيع ورضي به ، فكأنّه أجاز ثمّ أعتق)[(٣)].

(وهذا كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا أعتق نفذ عتقه وصار العتق إجازةً)[(٤)]، فأمّا إذا أعتقاه معًا فعتق البائع أولىٰ ؛ لأنّ العبد علىٰ ملكه ، وملك

---

(١) بداية هذا الوجه [أ] من الورقة (٤٣٥) كان (ولم يستهلك المال فيلزمه...) ، وهو ما لا يتناسب مع السياق ، وظهر عند المقارنة مع النسخة ب أنّ الوجه المناسب في السياق هو الوجه [أ] من الورقة (٤٣٦) ، فتمّ إثباته هنا ، فقد جرىٰ خللٌ في النسخة أ ، فوضع الوجه [أ] من الورقة (٤٣٥) مكان الوجه [أ] من الورقة (٤٣٦) ، وبالعكس.

(٢) في أ (قد ملكه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في سياق الكلام.

(٣) ما بين القوسين في ب (فإذا أعتقه نفذ عتقه ، وصار العتق إجازةً).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

المشتري تأخّر عن القبض أو الإجازة ، فصار ملك البائع أقوىٰ ، فنفوذ عتقه أولىٰ .

قال: ولو كان البائع مكرَهًا ، والمشتري غير مكرَه ، فأعتقه المشتري قبل القبض ، فعتقه باطلٌ ؛ وذلك لأنّ العبد علىٰ ملك البائع ، لم يزل ملكه عنه لعدم الرضا ، وقبض المشتري لم يوجد ، فلم ينفذ عتقه ، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع ، وكالبيع الفاسد إذا أعتق المشتري قبل القبض ، فإن أجاز البائع البيع بعد العتق نفذ البيع ولم ينفذ العتق ؛ لأنّ المشتري ملك المبيع بالإجازة ، وهي متأخّرةٌ عن العتق ، فصار كمن أعتق عبد غيره ثمّ ملكه .

فإن أعتقاه معًا [نفذ][1] العتق من البائع وبطل عتق المشتري ؛ لأنّ العبد علىٰ ملك البائع ، فصادف عتقه [ملكه] ، وعتق المشتري صادف ملك غيره ، فلم ينفذ .

قال: ولو كان المشتري قبض العبد فأعتقه البائع والمشتري معًا نفذ عتق المشتري ؛ لأنّه ملك العبد بالقبض ، وزال ملك البائع عنه ، فنفذ العتق من المالك ، وبطل عتق البائع الذي زال ملكه عنه .

قال: ولو كان البائع والمشتري أكرها علىٰ البيع والشراء والقبض ، [ففعلا][2] ذلك ، فقال أحدهما بعد ذلك: قد أجزت البيع بغير إكراهٍ ، كان البيع جائزًا من قِبَلِه ، وبقي الآخر علىٰ خياره بمنزلة لو لم يكره عليه ؛ لأنّ الإكراه في حقهما كشرط الخيار لهما ، فإذا أجاز أحدهما سقط خياره [وكأنه عقد بغير إكراهٍ] ؛ ، وبقي خيار الآخر بحاله .

---

(١) في أ (بعد) والمثبت من ب .

(٢) في أ (يفعلان) والمثبت من ب .

وإن أجازا جميعًا بغير إكراه جاز البيع ؛ لأنّ خيار كلّ واحدٍ منهما سقط بإجازته ، فكأنّه عقد بغير إكراه.

قال: وإن لم يجيزا حتىٰ أعتق المشتري العبد ، كان عتقه جائزًا ، وكان ضامنًا لقيمته ، فإن أجاز الآخر بعد ذلك لم يلتفت إلىٰ إجازته ؛ لأنّ عتق المشتري إجازةٌ منه ، فسقط خياره ، وصار كأن البائع [أكرِه][1] دون المشتري ، فإذا أعتقه بعد القبض نفذ عتقه كالمقبوض علىٰ وجه بيعٍ[2] فاسدٍ.

فإن أجاز البائع بعد ذلك لم تعمل إجازته ؛ لِمَا بيّنا أنّ الإجازة من طريق القول لا تصحّ إذا كان [المبيع][3] لا يصحّ التصرّف فيه.

قال: وإن كانا لم يتقابضا وقد[4] عقد البيع بالإكراه ، فأجاز أحدهما بغير إكراه ، فالبيع فاسدٌ علىٰ حاله ، والعبد في ملك البائع حتىٰ يجيز الآخر ، وهذا علىٰ ما قدّمنا[5].

قال: فإن أعتقا جميعاً معًا [وقد أجاز أحدهما] ، فعتق [البائع][6] جائزٌ ، وعتق المشتري باطلٌ ؛ لأنّ المشتري إن كان هو أجاز فقد تمّ البيع من جهته ، ووُقِف لحقّ البائع ، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع إذا أعتقه البائع والمشتري نفذ عتق البائع ، وإن كان البائع أجاز البيع ، ثم أعتقا فعتق البائع أيضًا

---

(١) في أ (إذا أكره) ، بزيادة (إذا) ، وسقطت الزيادة من ب ، والسياق لا يقتضيها.
(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.
(٣) في أ (البائع) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في سياق الكلام.
(٤) في ب (بعد).
(٥) في ب (بينا).
(٦) في أ (البيع) والمثبت من ب.

أولىٰ، وكأنّ البائع باع بغير إكراهٍ، والمشتري مكرَه، فأعتق البائع والمشتري نفذ عتق البائع؛ لأنّ عتق البائع بعد إجازته فسخٌ للعقد وعتق، وعتق المشتري بعد إجازة البائع إجازةٌ للعقد، ومتىٰ اجتمع ما يوجب فسخ العقد وإجازته وتساويا كان الحكم للفسخ.

قال[1]: وإن كان البائع أجاز البيع ثم أعتق المشتري وأعتق البائع بعده، نفذ عتق المشتري، وعليه الثمن؛ لأنّ البائع لمّا أجازه وقف العقد علىٰ إجازة المشتري، فعتقه إجازةٌ، فكأنّهما أجازا العقد ثم أعتق المشتري.

وإن كان البائع أعتق أولاً ثم المشتري جاز عتق البائع وانتقض البيع، ولا يجوز عتق المشتري؛ لأنّ البائع لمّا أجاز وُقِف العقد علىٰ حقّ المشتري، فإذا فسخه البائع قبل إجازة المشتري جاز فسخه، كما لو كان المشتري هو الذي أكره [وحده]، فأعتق المشتري.

قال: ولو كان المشتري أجاز البيع وحده، ثم أعتقه البائع، وأعتق المشتري بعده، أو أعتق المشتري، ثم البائع بعده، فعتق البائع أولىٰ؛ لأنّ المشتري لمّا أجاز تمّ العقد من جهته، ووُقِف لحقّ البائع، فكأنّ الخيار مشروطٌ للبائع، وإن أعتق نفذ وانفسخ البيع، وإن أعتق المشتري لم ينفذ العتق من جهته؛ لأنّه لم يملك، فعتق البائع بعده أولىٰ، وقد شبّه محمدٌ هذا برجلٍ اشترىٰ عبدًا علىٰ أنّ المشتري بالخيار، ثم أعتقا جميعًا معًا، أو أحدهما بعد الآخر، وقد بيّنا هذا فيما تقدّم[2].

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل، ٣٤٥/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤٨/٨.



بَابُ
الخيارِ في الإكراهِ

قال(١): فلو أنّ لصًا غالبًا أكره رجلاً مسلمًا بوعيدٍ بقتلٍ علىٰ أن يعتق عبده، أو يطلّق امرأته ولم يدخل بها، فقال له: لأقتلنّك أو لتعتقنّ عبدك [هذا]، أو لتطلقنّ امرأتك هذه، أيّهما شئت، ففعل المكرَه أحدهما فهو واقعٌ، ويغرم الذي أكرهه [الأقلّ](٢) من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة الذي تزوجها عليه.

وأمّا وقوع العتق أو الطلاق؛ [فلأنّ](٣) الإكراه لا يمنع من وقوعهما، وأمّا الضمان؛ فلأنّ الإكراه لمّا وقع علىٰ أحد الأمرين، والمكرَه لا يتخلّص من الإكراه إلا بفعل أحدهما، صار مكرَهًا علىٰ ذلك، فوجب له الضمان علىٰ المكرِه(٤).

فإن كان الذي أوقعه أقلّهما ضمانًا، فقد تلف عليه بالإكراه، فيجب علىٰ المكرِه ضمانه، فإن أتلف أكثرهما، فقد كان يقدر علىٰ التخلّص من ضرر الإكراه بفعل الآخر، فلمّا عدل إلىٰ أكثرهما ضمانًا(٥) صار هو المختار لإتلاف الفضل، فلم يرجع به علىٰ المكرِه.

قال: ولو كان الزوج دخل بالمرأة وفعل المكرَه أحدهما، لم يغرم الذي

---

(١) في ب (قالوا).

(٢) في أ (الأول)، والمثبت من ب، وهو المناسب كما يظهر في بقية الكلام.

(٣) في أ (فإن) والمثبت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٧/٣١٥.

(٥) في ب (الأكثر).



أكرهه في ذلك قليلاً ولا كثيرًا؛ لأنّ المدخول بها لا يجب على المكرَه بطلاقها غرمٌ، ألا ترى أنّ [٤٣٥/ب][1] وجوب المهر استقرّ بالدخول، فلم يتلف عليه بالطلاق أكثر من منفعة البُضْعِ، وذلك غير متقوّمٍ.

فإذا ثبت هذا: فقد كان المكرَه يقدر على التخلّص من ضَررِ الإكراه بفعل ما لا يتلف عليه [به] مالٌ، فلمّا عدل إلى عتق العبد صار هو المختار للإتلاف، فلا يرجع على المكرِه بشيء.

قال: ولو كان الإكراه على ذلك بحبسٍ أو قيدٍ، ولم يخف أكثر من ذلك، ففعل أحدهما، ولم يدخل بالمرأة؛ لزمه الذي[2] فعل، ولم يغرم الذي أكرهه شيئًا؛ وذلك لأنّ الإكراه بالقيد والحبس ليس بإكراهٍ في الأفعال، ولا بإكراهٍ فيما يستوي جِدّه وهَزْله، ووجوده وعدمه سواءٌ، وكأنّه فعل ذلك [باختياره] بغير إكراهٍ.

قال: ولو أُكره بقتلٍ على أن يكفر بالله تعالى، أو يقتل هذا الرجل عمدًا، فإن كفر بالله وقلبه مطمئنٌّ بالإيمان فذلك يسعه عندنا، ولا تَبِينُ منه امرأته، وإن أبى أن يكفر حتى يُقتل؛ فذلك أعظم للأجر[3]، ولا يحلّ له أن يقتل الرجل المسلم.

فإن لم يكفر وقتل الرجل المسلم، فالقياس: أن يقتل المكرَه، والاستحسان: أن أدرأ عنه القتل[4]، وأضمّنه دية المقتول في ماله ثلاث سنين، إن لم يكن عالمًا بأنّ الكفر يَسَعُه في هذا الوجه؛ وذلك لأنّه لمّا أكرهه على إظهار

---

(١) الوجه [ب] المثبت في الورقة (٤٣٦) مكانه الصحيح في الوجه [ب] من الورقة (٤٣٤)، والصواب هنا هو الوجه [ب] من الورقة (٤٣٤)، كما أشرنا سابقاً.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (لأجره).

(٤) في ب (الحد).

الكفر أو القتل، والضرورة تبيح إظهار الكفر على ما قدّمنا، ولا تبيح قتل المسلم، كان له أن يظهر الكفر الذي أُبيح له عند الإكراه إظهاره، ولا يُقدم على قتل المسلم الذي لم يبح له، فإذا أظهر كلمة الكفر فقد تناولها الإكراه، وقد بيّنا أنّ المكرَه على الكفر لا يُحكم بكفره، وأمّا إذا صبر حتى قُتل فهو مأجورٌ؛ لأنّه قصد إعزاز الدين والتمسّك به، وتَرَكَ الإقدام على قتل المسلم، وذلك أفضل من إظهار الكفر لما قدّمنا[1].

وقد روي أنّ مُسيلمة أخذ رجلين من أصحاب النبيّ ﷺ، قال لأحدهما: أتشهد أنّ محمدًا رسول الله؟ قال: نعم، فقال: أتشهد أنّي رسول الله؟ فقال: لا أدري ما تقول، فكرّر ذلك عليه ثمّ قتله، وقال للآخر: أتشهد أنّي رسول الله؟ قال: نعم، فقال: أتشهد أنّي رسول الله؟ فقال: نعم، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال: «[أمّا] الأوّل فقد أوتي أجره مرّتين، وأمّا الثاني فلا إثم عليه»[2].

وأمّا إذا قَتل المسلمَ ولم يُظهر الكفرَ، فالقياس أن يُقتصّ منه؛ لأنّه كان يقدر على التخلّص من ضرر الإكراه بإظهار الكفر، ولا يأثم بذلك، ولا يستضرّ به، فلمّا عدل عنه إلى قتل المسلم صار مختارًا لقتله، فوجب عليه القصاص.

وأمّا الاستحسان: فلأنّ الشبهة موجودةٌ في هذا القتل إذا كان لا يعلم بإباحة إظهار الكفر؛ لأنّ النفوس تتلف لأجل الكفر، ألا ترى أنّا نقتل الكفار لإظهار[3] الكفر، فيجوز أن يكون المكرَه استعظم [الكفر]، ورأى أنّ الدم أيسر منه، فعدل إليه، فصار ذلك شبهةً، وتمكّن الشبهة في القتل يسقط القصاص.

---

(١) انظر: الأصل ٤١٧/٧.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٤٧٣/٦) من حديث الحسن البصري مرسلاً.

(٣) في ب (لأجل إظهار).



وقد شرط محمدٌ: أن يكون لا يعلم بأنّ الكفر يَسَعُه، فمن أصحابنا من قال: إنّ المكرَه إذا كان فقيهًا يعلم أنّ إظهار الكفر يجوز عند الإكراه، فلم يظهر وقتل: إنّ القصاص واجبٌ عليه؛ لأنّه لا شبهة له حينئذٍ في القتل.

ومنهم من قال: لا قصاص في الوجهين استحسانًا: لأنّه وإن علم بإباحة إظهار الكفر، فقد ثبت(١) أنّ الدماء تتلف لأجل الكفر، فيجوز أن يشتبه عليه في هذا الوجه.

وأمّا إيجاب الدية في ماله؛ فلأنّه عمدٌ محضٌ يسقط القصاص فيه بشبهةٍ، ولا يرجع بالدية على المكرِه؛ لأنّه كان يقدر أن يتخلّص من إكراهه بإظهار الكفر، فلا يلزمه ضمانٌ، فلمّا عدل إلى القتل، صار هو المختار لالتزامه الضمان، فلا يرجع [به].

قال: ولو كان الإكراه بالقتل على أكل ميتةٍ أو قتل مسلمٍ فلا بأس بأكل الميتة، فإن لم يأكلها حتى قَتَل فهو آثمٌ، وعليه القَود؛ وذلك لأنّ الإكراه ضرورة، وقد أباح الله تعالى له الميتة عند الضرورة، فهو يقدر على التخلّص من ضرر الإكراه بما لا مأثم فيه، فإذا عدل إلى القتل فقد قتل باختياره من غير إكراهٍ، فيلزمه القود.

قال: ولو أكره(٢) بقتلٍ على قتل مسلمٍ أو الزنا بامرأةٍ، فليس ينبغي له أن يفعل واحدًا منهما حتى يُقتَل، فإن صنع واحدًا منهما كان آثمًا، وإن أبى أن يفعل حتى قُتِل كان مأجورًا، وقُتِل به الذي قتله.

وإن زنى فالقياس أنّ عليه الحدّ، ولكنّا نستحسن: أن ندرأ عنه الحدّ،

---

(١) في ب (علم).

(٢) في ب (أكرهه).

ونجعل عليه المهر[١]، وإن قَتَل الرجل المسلم، لم يكن عليه قتلٌ، (وقُتِل به الذي أكرهه على القتل)[٢]، و[كان] على [الذي ولي] القتل الأدب بالحبس والتعزير.

وإنّما لم يبح واحدٌ من الأمرين؛ لأنّ الإكراه لا يبيح قتل النفس لما قدّمنا أنّه لا يجوز أن يُحْيِي نفسه بقتل غيره، وكذلك الزنا لا يبيحه الإكراه؛ لأنّ الضرورة لا تبيحه، فإذا أُكرِه على أحدهما كان عليه أن يصبر حتى يُقتَل[٣]، فإن لم يصبر فهو آثمٌ؛ لأنه أقدم على ما لا يجوز الإقدام عليه، فإن اختار قتل المسلم فقد تناول الإكراه ذلك، ومن قتل رجلاً [مسلماً] مكرَهًا، وجَب على المكرِه القَود في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: الدية، وقد بيّنا ذلك.

فإن عدل إلى الزنا فالقياس أن يُحدّ، والاستحسان أن يُدرأ عنه الحدّ، فمن أصحابنا من قال: القياس (إنّما أراد قول أبي حنيفة؛ لأنّ عنده الإكراه لا يُتصوّر في الزنا، فكأنّه اختار ذلك، والاستحسان قولهما.

ومن أصحابنا من قال: القياس)[٤] أن يُحدّ؛ لأنّه لو عدل إلى القتل لفَعَل ما يضاف فعله إلى غيره، ويصير المكرِه كالفاعل [له]، فلمّا عدل إلى ما لا يضاف إلى غيره صار هو المختار له، فوجب عليه الحدّ.

وجه الاستحسان: أنّ القتل أمرٌ مستعظَمٌ، فيجوز أن يكون عدل عنه لاستعظام حرمة الدم، فصار ذلك شبهةً في سقوط الحدّ، وأمّا التعزير [فلأنّه][٥]

---

(١) في ب (الصداق).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (على القتل).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في أ (فلا)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.



أقدم على فعلٍ محرّمٍ لا يسوغ الإقدام عليه.

قال: فإن أكرهه على الزنا أو قتْل مسلمٍ بوعيدٍ بسجنٍ أو قيدٍ، (فزنى، أُقيم عليه الحدّ، وإن قتل فيلزمه القَود؛ وذلك لأنّ السّجن والقيد ليسا بإكراهٍ في الأفعال، فكأنّه فعل بغير إكراهٍ.

قال: ولو أُكرِهت المرأة على الزنا بوعيدٍ بقيدٍ أو سجنٍ)[1]، درأنا عنها الحدّ، ولا تشبه المرأة في الإكراه بالسجن والقيد الرجلَ؛ وذلك لأن السجن والقيد ينفي الاختيار، وليس من جهة المرأة أكثر من التمكين، فإذا لم تكن مختارةً [له]، لم يجب عليها حدٌّ[2].

قال: ولو أُكره[3] بقتلٍ على: قتل رجلٍ أو أخذ مال الآخر، والمال أكثر من الدية أو أقلّ، فلا بأس بأن يأخذ المال ويستهلكه، فإن فعل، فضمان المال على الذي أكرهه إن كان أكثر من الدية أو أقلّ.

فإن قتل الرجل المسلم [٤٣٦/أ] ولم يستهلك المال، [قتل به][4] الذي ولي القتل، ولو لم يفعل واحدًا منهما حتى يُقتَل كان عندنا غير آثمٍ، وإنّما جاز له الإقدام على استهلاك المال؛ لأنّ مال الغير يجوز استهلاكه عند الضرورة وإن كره [مالكه][5]؛ بدلالة أنّه لو اضطر إلى طعام غيره وخاف الموت، وسعه أن يأكله بغير رضاه، ويضمنُ له، فلما أُكرِه على ما لا تبيحه الضرورة، وهو القتل،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) انظر: الأصل ٤١٦/٧، ٤١٧.
(٣) في ب (أكرهه).
(٤) في أ (فيلزمه) والمثبت من ب.
(٥) في أ (ذلك)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

أو ما تبيحه الضرورة، وهو استهلاك المال، كان له أن يعدل إلىٰ ما تؤثّر الضرورة فيه.

فإن قَتَل اقتُصّ منه؛ لأنّه كان يقدر أن يتخلّص من ضرر الإكراه بإتلاف المال، وذلك مباحٌ، فلما عدل إلىٰ القتل صار مختارًا له[١] من غير ضرورةٍ.

وأمّا قوله: إنّه لو صبر ولم يفعل واحدًا منهما لم يكن آثمًا؛ لأنه جوّز له أن يصبر علىٰ القتل دفعًا عن ماله؛ فلأن يجوز [له] الصبر علىٰ القتل دفعًا عن مال غيره أولىٰ، يبيّن ذلك أنّه يجوز له أن يقاتل عن ماله حتىٰ يُقتَل، وكذلك يجوز له أن يقاتل عن مال غيره حتىٰ يُقتَل، فإذا صبر علىٰ القتل ولم يستهلك مال الغير لم يأثم، كما لو دفع عنه حتىٰ قُتِل.

وعلىٰ هذا[٢] قالوا: إنّ المضطر إلىٰ طعام غيره إذا امتنع صاحبه من بذله يجوز له أخذه بغير رضاه، فإن صبر حتىٰ مات لم يأثم؛ لأنّه دفع عن مال غيره، فكأنّه قاتل عنه.

قال: ولو قيل [له]: لنقتلنّك أو لتطلقنّ امرأتك، أو لتعتقنّ عبدك، فلم يفعل حتىٰ قُتِل، فلا إثم عليه؛ وذلك لأنّه صبر علىٰ القتل لحفظ ماله وملكه، وذلك ليس بمحظورٍ [عليه]، كما لو قاتل دونه[٣].

---

(١) في ب (اقتص منه صار مختاراً له)، بزيادة (اقتص منه)، والسياق لا يقتضيها.

(٢) في ب (ولهذا).

(٣) انظر: الأصل، ٧/٤١٤ وما بعدها.



بَابُ
الإكراهِ في الوكالةِ

قال محمدٌ: لو أنّ رجلاً[(١)] لصّاً غالبًا أكره رجلاً بوعيد بقتلٍ أو ضربٍ يَخاف منه تَلَفًا على أن يوكِّل رجلاً بعتق عبده أو بطلاق امرأته، ولم يدخل بها، ففعل، فجميع ما صنع [الوكيل] من ذلك جائزٌ، ولا ضمان على الوكيل، ويرجع الموكِّل على الذي أكرهه بقيمة عبده ونصف الصداق الذي غرم لامرأته[(٢)].

أمّا الوكالة فقد كان القياس: أن لا تصحّ مع الإكراه؛ لأنّ جِدّها وهَزْلها يختلف، فصارت كالبيع، وإنّما استحسنوا فقالوا: إنّ المكرَه على البيع ينعقد بيعه، ويثبت له حقّ الفسخ، كما يثبت لو شرط شرطًا فاسدًا، فكذلك توكيله ينعقد، فكأنّه شرط فيه شرطًا، والوكالة لا تبطلها الشروط، وإذا لم تبطل فقد تصرف الوكيل فينفذ تصرفه.

وأمّا الرجوع على المكرِه فقد قالوا: إنّ القياس أن لا يرجع عليه؛ لأنه إنّما أكرهه على الوكالة، وقد يعتِق الوكيل وقد لا يعتِق، ولم يكره على العتق، فلم يكن المكرِه متلفًا، فلا يضمن.

وهذا كما قالوا في شاهدين شهدا أنّ فلانًا وكّل بعتق عبده، فأعتقه الوكيل، ثم رجعا: لم يضمنا؛ لأنّهما أثبتا بشهادتهما الوكالة، وقد يعتِق الوكيل وقد لا يعتِق.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٧/٤٤٠.

وجه الاستحسان: أنّ المكرِه إنّما قصد الإضرار بالمكرَه حين ألزمه التوكيل بالعتق، فإذا أعتق صار المكرِه هو المتلِف[١]، فلزمه الضمان.

والفرق بين هذا وبين الشهود: أنّ الشهود شهدوا على أمرٍ ماضٍ، وهو التوكيل، والعتق مستقبلٌ بعد الشهادة، فلم تتضمنه شهادتهم.

وأما المكرِه، فإنّما أكره على توكيلٍ مستقبلٍ بالعتق مستعمل، فقد تضمنه الإكراه؛ فلذلك ضمن المكرِه.

قال[٢]: ولو كان أكرهه بوعيدٍ بحبسٍ أو قيدٍ حتى وكّله (كان ذلك جائزًا)[٣]، ولم يكن على الذي أكرهه ولا على الوكيل ضمانٌ؛ لأنّ الإكراه بالقيد والحبس ليس بإكراهٍ فيما [لا] يختلف جِدُّه وهَزْله، فلم يعتدّ به في العتق والطلاق، فكأنه وكّل بغير إكراهٍ.

قال: ولو أُكره رَبُّ العَبد بقتلٍ على أن وكّل[٤] ببيع عبده من هذا الرجل بألف درهمٍ، وأكرهه على دفعه إليه حتى يبيعه، [فباع الوكيل العبد][٥] وأخذ الثمن، ودفع العبد إلى المشتري، فهلك في يده، والوكيل والمشتري غير مكرَهين، فمولى العبد بالخيار: إن شاء ضمّن المشتري (قيمة عبده، وإن شاء الوكيل، وإن شاء ضمّن الذي أكرهه، فإن ضمّن المشتري)[٦]، لم يرجع على

(١) في ب (المعتق).
(٢) في ب (قالوا).
(٣) ما بين القوسين في ب (لم يكن ذلك إكراهاً).
(٤) في ب (توكيلٍ).
(٥) في أ (العبد والوكيل)، والمثبت من ب، وهو المناسب في سياق العبارة.
(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.



أحدٍ بشيءٍ، وإن ضمّن الوكيل، رجع على المشتري بالقيمة، ولم يكن على المكرِه سبيلٌ، وردّ الثمن إن كان قبضه، ولا يكون الثمن له بما ضمن من القيمة؛ لأنّه باعه للمكرَه[1].

قال محمدٌ: ولا يشبه هذا الغصب، فإن ضمّن الذي أكرَهه القيمة، كان للذي أكرهه أن يرجع على المشتري بالقيمة، وإن شاء رجع بها على الوكيل، ورجع بها الوكيل على المشتري؛ وذلك لأنّ الإكراه يؤثّر في البيع؛ لأنّه ممّا يختلف جِدّه وهَزْله، فالمقبوض بهذا العقد كالمقبوض ببيعٍ فاسدٍ، فإذا هلك ضُمن بالقيمة.

وإنّما كان للمولى أن يضمّن المشتري؛ لأنّه تلف[2] في يده، وقد قبضه بحكم عقدٍ فاسدٍ، وإنّما كان له أن يضمّن الوكيل؛ لأنّه قبض العبد، وسلّمه (بغير إكراهٍ، فهو كالغاصب.

وله أن يضمّن المكرِه؛ لأنّه هو الذي ألزمه التسليم، فانتقل فعله إليه، فكأنّه أخذه وسلّمه)[3].

فإن ضمّن المشتري لم يرجع على أحدٍ بشيءٍ؛ لأنّ حاصل الضمان عليه، ألا ترى أنّه قبض العبد بغير إكراهٍ، فهلك في يده.

فأمّا إن ضمن الوكيل رجع على المشتري بالقيمة؛ لأنّه قام مقام المالك بالتضمين، فرجع بما كان يرجع به المالك، ولا يرجع الوكيل على المكرِه؛ لأنّه

(١) انظر: الأصل ٤١١/٧.
(٢) في ب (هلك).
(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

لم يكره على القبض ولا على البيع، وإنّما فعل ذلك باختياره، فلا يرجع عليه.

ولا يصحّ البيع بتضمين الوكيل؛ لأنّه لم يعقد لنفسه، وإنما عقد للموكِّل، فإذا ضمن القيمة انفسخ ذلك العقد، فليس هذا كالغاصب إذا باع ثم ضمن القيمة جاز بيعه؛ لأنّه عقد لنفسه، فإذا ضمن ملك [ذلك] بالغصب السابق من طريق الحكم، فكأنّه باع ملك نفسه.

وأمّا إذا ضمّن المولى المكرِه، كان له أن يرجع بالقيمة على المشتري، فإن شاء رجع على الوكيل، ورجع الوكيل على المشتري؛ لأنّ المولى لمّا ضمنه أقامه مقام نفسه، فكان له أن يُضمِّن أيهما شاء، كما[١] كان للمالك.

قال: فإن قال الوكيل للمكرِه: لا أضمن لك شيئًا؛ لأنّك أنت[٢] أمرته أن يدفع إليّ، لم [ينفعه][٣] ذلك شيئًا؛ لأنّه قبض بغير إكراهٍ، وقد كان يقدر على الامتناع، فصار هو المتلِف للملك.

قال: فإن قال الوكيل حين ضمّنه القيمة: إني أجيز بيعه فيما بينه[٤] وبين المشتري، ويكون الثمن لي بمنزلة عبدٍ غصبته فبعته، فإذا ضمنت قيمته كان الثمن لي، قيل له: لا يشبه هذا الغصب؛ وهذا لِمَا بيّنا أنّ الوكيل إنّما باع لغيره، ولم يبع لنفسه [٤٣٦/ب][٥] فوقف العقد على الإجازة بالثمن، فإذا ضمن القيمة لم يجز ذلك البيع، والغصب بخلاف ذلك.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (ينعقد) والمثبت من ب.

(٤) في ب (بيني).

(٥) هذا الوجه المناسب في إصلاح الخلل في ترتيب الأوراق في النسخة أ، كما أشرنا سابقاً.

قال: فإن كان أكرهه في هذا كلّه بوعيدٍ بحبسٍ أو قيدٍ، لم يغرم الذي أكرهه[1] من ذلك شيئًا، وكان له أن يضمّن الوكيل في هذا الوجه، كما كان له أن يضمّنه في الوجه الأوّل؛ وذلك لأنّ الإكراه بالقيد والحبس ليس بإكراهٍ في الأفعال، فلا يكون مكرهًا على التسليم، فلا يلزم المكرِه الضمان، وهو إكراه على العقود فيؤثّر في البيع؛ فلذلك كان للمولى حقّ التضمين للوكيل والمشتري[2]. [والله أعلم].



(١) في ب (المكرِه).

(٢) انظر: الأصل ٧/٤١٠ وما بعدها.

بَابُ
الإكراه الذي يَخْطُرُ على بال المكرَهِ غير ما أُكْرِهَ عليه

قال محمدٌ: ولو أنّ رجلاً قال له أهل الحرب ـ وقد أخذوه أسيرًا ـ: لتكفرنّ بالله، أو لنقتلنّك، فقال: قد كفرت بالله، وقلبه مطمئنٌّ بالإيمان، وله عندنا امرأةٌ، لم تَبِنْ امرأته منه، وقد بيّنا هذا فيما مضى.

قال[١]: فإن قال: قد كان خطر ببالي أن أقول لهم: قد كفرت بالله، أريد الخبر عن أمرٍ مضى، فقلت ذلك أريد به الخبر عمّا مضى[٢] والكذب، ولم أكن فعلت ذلك فيما مضى، بانت امرأته منه [عندنا] في الحكم، ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى؛ وذلك لأنّه اعترف أنّه فعل[٣] ما لم يكرهوه عليه، ألا ترى أنهم أكرهوه على إظهار [الكفر][٤]، ولم يكرهوه على الخبر عما مضى، فإذا فعل ما لم يكره[٥] عليه صار كالمبتدئ، ومن أخبر عن كفر سابق بانت [منه] امرأته في الحكم، ولم تَبِن فيما بينه وبين الله ﷻ؛ لأنّه لم يعتقد الكفر.

ولو قال: قد خطر على بالي أن أقول: قد كفرت بالله، أريد [به] الخبر بالباطل[٦] عمّا مضى، [فقلت: قد كفرت بالله أريد به ما طُلب منّي، ولم أُرد به

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (الماضي).
(٣) هنا في أ فقط زيادة (غير) فحذفت؛ لأن بقاءها تغير المعنى.
(٤) في أ (إظهاره) والمثبت من ب.
(٥) في ب (مكرهاً).
(٦) سقطت هذه الكلمة من ب.

الخبر عمّا مضىٰ] ، فإنّ هذا عندنا كافرٌ تبين منه امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ ؛ وذلك لأنّه لما خطر بباله الخبر عمّا مضىٰ(١) ، كان يقدر علىٰ التخلّص من الضرر بغير إظهار الكفر ، فلمّا أظهره وهو غنيٌّ عنه ، صار كالمبتدئ بإظهار كلمة الكفر ، فتبين امرأته(٢) .

ولا يقال: إنّه لم يعتقد الكفر ، والكفر يكون بالاعتقاد ؛ لأنّه لمّا قدر علىٰ ترك إظهار الكفر ، فأظهرهُ من غير اعتقادٍ ، صار كالهازل بالكفر ، والهازل بالكفر تبين امرأته ، ويُحكَم بكفره .

ولو قال: إنّ ذلك لم يخطر علىٰ بالي ، ولم يحضرني ، وكفرت بالله تعالىٰ كفرًا مستقبلاً علىٰ غير [إخبارٍ] بما مضىٰ ، وقلبي مطمئنٌّ بالإيمان ، لم تبن امرأته منه ؛ لأنّه لما لم يخطر علىٰ باله غير ما أكره عليه ، فقد أظهر الكفر بالإكراه ، وذلك لا يكفر به ، فلم تبن امرأته .

وعلىٰ هذا لو قالوا له: [لنقتلنّك أو](٣) لتصليّن لهذا الصليب ، فقام يصلّي ، فخطر بباله أن يصلّي لله تعالىٰ وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبلها ، فينبغي أن ينوي الصلاة لله تعالىٰ ، (فإن قال: نويت ذلك ، بانت امرأته في القضاء ، ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالىٰ)(٤) ؛ لأنّه فعل غير ما أكره عليه ، وإن صلىٰ للصليب ولم يصلِّ لله تعالىٰ ، (وقد خطر ذلك علىٰ باله)(٥) ، فهو كافرٌ ، وتبين منه امرأته في

---

(١) في الأصل: (لأنه حين خطر علىٰ باله في الخبر الباطل عما مضىٰ) ، ٣٩١/٧.

(٢) انظر: الأصل ٣٩١/٧ ، ٣٩٢.

(٣) الزيادة من الأصل ٣٩٢/٧ ؛ وبدونها لا تستقيم العبارة.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) العبارة التي بين القوسين ، غير موجودة في الأصل.

القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ، وإن لم يخطر علىٰ باله شيءٌ وصَلَّىٰ للصليب وقلبه مطمئنٌّ بالإيمان، (لم تبن امرأته)[1]؛ لأنّه فعل ذلك بإكراهٍ[2].

وكذلك لو قالوا: [لَنَقْتُلَنَّكَ أو][3] لَتَسُبَّنَّ محمدًا، فخطر بباله أن يسبّ[4] رجلاً سُمِّي بهذا الاسم ليس هو رسول الله ﷺ، ففعل وأخبر بذلك، بانت امرأته في الحكم؛ لأنّه فعل ما لم يُكرَه عليه، ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنّه لم يعتقد الكفر، وإن سبّ محمدًا ﷺ، وقد خطر بباله غيره، [فترك ما خطر بباله وشَتم محمداً ﷺ]، كفر وبانت منه امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ، وإن لم يخطر علىٰ باله شيءٌ، فسبّ محمداً ﷺ، وقلبه مطمئنٌّ بالإيمان، لم تبن امرأته؛ لأنه فعل ذلك بإكراهٍ[5].



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٣٩٢/٧.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من (الأصل) ٣٩٢/٧ لاستقامة العبارة.

(٤) (أن يسب) سقطت من ب.

(٥) انظر: الأصل ٣٩١/٧ وما بعدها.



بَابُ
الرجلِ يُكرَهُ على قتلِ من يرثُهُ

قال أبو الحسن: وإذا أُكره رجلٌ[١] بقتلٍ على قتل أبيه أو أخيه، فقتله المكرَه، لم يكن على المكرَه القاتل قَودٌ ولا ديةٌ، ولا يمنع الميراث للقتل، وللقاتل الوارث أن يقتل الذي أكرهه على القتل في قياس قول أبي حنيفة ومحمدٍ؛ وذلك لأن فعل المكرَه في القتل ينتقل إلى المكرِه، فيصيرُ كالفاعل [له]، فكأنّ المكرِه هو القاتل، فلا يجب على المكرَه قودٌ ولا ديةٌ، ولا يحرم الميراث كمن لم يقتل.

ويجب القصاص على المكرِه عند أبي حنيفة ومحمدٍ، وقال أبو يوسف: تجب[٢] عليه الدية[٣].

قال: ولو أنّ المكرَه على القتل كان غلامًا لم يبلغ، فأكرهه السلطان على القتل، لم يكن على الغلام شيءٌ، وكان القَود على الذي أكره الغلام على ذلك في قياس قول أبي حنيفة ومحمدٍ.

وكذلك لو كان معتوهًا[٤]، إلا أنّه يعقل ما أمر به؛ وذلك لأنّ المكرَه إذا

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) انظر: الأصل ٣٢٧/٧.

(٤) المعتُوه ـ من عَتِه عَتهًا ـ: «الناقص العقل، وقيل: المدهوس من غير جنون»، كما في المغرب؛ وفي التهذيب: «المعتوه: المدهوس من غير مَسٍّ أو جنون». كما في المصباح (عته).

صار كالآلة للمكرِه، فكأنّه أخذ بيده وفيها سيف وضربَ بها، فيجب القَود على الضارب دون الذي في يده السيف.

وقد استشهد محمد على ذلك فقال: ألا ترى أنّ رجلاً لو أكره رجلاً [كبيرًا عاقلاً][1] على قطع يد نفسه، فقطعها، كان للمكرَه أن يقتص من المكرِه وإن كان فعله بنفسه، ولو عري عن الإكراه لم يتعلّق به حكمٌ، فكذلك فعل الصبي والمعتوه وإن كان القود لا يتعلّق به، فإذا انتقل إلى المكرِه تعلّق به القَود.

قال: ولو كان الآمر غلامًا لم يحتلم إلا أنّه يعقل، وهو مسلّطٌ يجوز إكراهه ويطاع في ذلك، أو رجل به مِرةٌ[2] مختلط العقل، وهو مسلطٌ يجوز إكراهه، فأكره رجلاً على قتل رجلٍ بتهدد بقتلٍ أو تلف [عضوٍ] حتى قتله، فلا قَود على القاتل ولا دية، ولا يحرمُ الميراث بقتله إن كان وارثًا، (وإن كان قتلاً بسيفٍ)[3]، فتكون الدية على عاقلة الذي أكرهه في ثلاث سنين، وهذا على ما بيّنا أنّ فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه، فكأنّ الغلام هو القاتل[4]، فتجب الدية على عاقلته وإن كان عامدًا، ولا يحرم المأمور الميراث.

قال: وإن كان المكرِه وارثًا للمقتول، لم يحرم الميراث؛ لأنّ قتل الصبيّ لا يتعلّق به حرمان الميراث، كما لا يتعلّق بالقتل بالسبب[5].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من الأصل ٣٢٨/٧.

(٢) (المِرّة ـ بالكسر ـ مزاجٌ من أمزجة البدن، والمِرَّةِ إذا غلبت على الطبع، أفسدت العقل). انظر: القاموس المحيط؛ لسان العرب (مرر).

(٣) العبارة في الأصل: (وإن قتله بالسيف) ٣٢٨/٧.

(٤) في ب (هو الذي قتل).

(٥) انظر: الأصل ٣٢٨/٧.

بَابُ
الإكراهِ على ما يجبُ به العتقُ أو الطلاق أو ما يجب به الضمانُ

قال أبو الحسن: وإذا أكره الرجل بقتلٍ[١] علىٰ شراء عَبْدٍ هو ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المشتري، أو كان المشتري جعلهُ حرًّا إن ملكه [٤٣٧/أ] فأكره على أن يشتريه بعشرةِ آلاف درهمٍ، وقيمته ألفٌ، ففعل، فهو حرٌّ، ويغرم المشتري قيمته للبائع، ويبطل عنه تسعة آلاف درهمٍ[٢]، ولا يرجع المشتري على الذي أكرهه بقليلٍ ولا بكثيرٍ.

وكذلك لو أكرهه علىٰ أن يشتري أمةً قد ولدت منه، أو جارية جعلها مُدبَّرة [إن][٣] ملكها؛ وذلك لأنّ الضمان لا يخلو: [إمّا] أن يلزم المكرِه بالشراء، أو بالعتق، ولا يجوز أن يُلزمه بالشراء؛ لأنّه أدخل في ملك المكرَه مثلما أخرج منه؛ لأنّه لا يلزمه من الثمن [إلا ألف، وهو] قيمة العبد، والفضل يسقط عنه، ومتىٰ حصل في ملكه مثل ما أُخرج منه، لم يلزمه ضمانٌ[٤].

ولا يجوز أن يلزمه الضمان بالعتق؛ لأنّ العتق وقع بسببٍ من جهة المكرَه، لا صنع للمكرِه فيه، فصار كالمبتدئ بعتقه.

قال محمدٌ: ألا ترىٰ أنّ رجلاً لو قال: عبده حرٌّ إن دخل هذه الدار، فأُكره بالوعيد بالقتل حتىٰ دخل، عتق عبده ولا يضمن الذي أكرهه شيئًا، وهذا صحيحٌ؛

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) في أ (أو)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٤) انظر: الأصل ٣٥٢/٧.

لأنّه أكرهه على الدخول وهو غير متقوّمٍ، والعتق وقع بيمينه، فلا يلزم المكرِه ضمانه.

قال: وكذلك إن قال: إن تزوّجتُ فلانةً فهي طالقٌ، فأُكره حتىٰ تزوجها بمثل مهر مثلها، فالنكاح جائزٌ، وهو ضامنٌ لنصف المهر للمرأة، ولا ضمان علىٰ الذي أكرهه في شيءٍ من هذا؛ وذلك لأنّه أكرهه علىٰ التزويج، فقد حصل له مثل ما أخرج من ملكه، والطلاق وقع بيمينه، ولا صنع للمكرِه في ذلك.

قال: ولو أنّ رجلاً أُكرِه حتىٰ جعل أمر امرأته[1] ـ ولم يدخل بها ـ في يد هذا الرجل الذي[2] أكرهه بقتلٍ أو تلف، ففعل ذلك، وطلّقها الذي جعل ذلك إليه، أو كان أكرهه علىٰ أن جعل عتق عبده في يد هذا الرجل، ففعل ذلك، فطلّقها الذي جعل ذلك إليه، أو أعتق العبد، كان القياس في هذا أن يُعْتَق العبد وتَطْلُقُ المرأة، ولا يغرم الذي أكرهه من ذلك شيئًا، ولكنّي أستحسن أن أُضمّن الذي أكرهه قيمة عبده، ونصف المهر الذي غرم، وقد بيّنا هذه المسألة في باب الإكراه علىٰ الوكالة.

قال: ولو أنّ رجلاً أُكره علىٰ أن يجعل كلّ مملوكٍ يملكه فيما يستقبله حرًا، ففعل ذلك، ثم اشترىٰ مملوكًا، أو وُهب له، أو تُصدِّق به عليه، أو أُوصِي له به، عتق ولم يغرم الذي أكرهه من قيمة المملوك قليلاً ولا كثيرًا؛ وذلك لأنّه لا يملك في هذه الوجوه إلا بقبوله، واختياره وقبوله للعقد مع تقدم اليمين رضًا بالحرّية، فلا يجب علىٰ المكرِه شيءٌ.

قال: فإن ورث مملوكًا، كان في القياس: أنّه لا يضمن أيضًا الذي أكرهه شيئًا، والاستحسان: أن أضمّن الذي أكرهه قيمة المملوك[3].

---

(١) هنا في ب فقط زيادة (بيدها)، وفي الأصل: (... عتق عبده في يد هذا الرجل، أو طلاق امرأته، ولم يدخل بها)، ٣٥٣/٧، وهذا يؤيد حذف عبارة ب.

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) انظر: الأصل ٣٥٤/٧.

وجه القياس: أنّه أكرهه علىٰ اليمين، ولم يكرهه علىٰ العتق، (فقد يرث بعد اليمين)[1]، وقد لا يرث، فلم تكن اليمين مختصّةً بالضمان، فلم يضمن؛ ولهذا قالوا في شاهدين شهدا بنسبٍ ثم مات المشهود عليه، فورثه المشهود له، ثم رجعا: لم يضمنا؛ لأنّهما لم يوجبا الميراث، ألا ترىٰ أنّهما قد يشهدان بالنسب، فيرث، وقد لا يرث.

وجه الاستحسان: أنّه لمّا أكرهه في ذلك [علىٰ اليمين بالعتق فيما يستقبل، والعبد بالميراث يدخل في ملكه بغير اختياره، صار المكرِه كأنّه أتلف العبد عليه بإكراهه علىٰ اليمين، فضمن.

قال: ولو أكرهه علىٰ ذلك] بحبسٍ أو قيدٍ لم يضمن؛ لأنّ الحبس والقيد ليسا بإكراهٍ فيما [لا] يختلف جِدّه وهَزْله، فلم يعتدّ بهما.

قال: لو أنّ رجلاً أكره رجلاً[2] بقتلٍ أو تلف عضوٍ علىٰ أن قال لعبده: إن شئت فأنت حرٌّ، وشاء عبده العتق، عتق وغرم الذي أكرهه قيمة العبد.

وكذلك لو أكرهه حتىٰ قال لعبده: إن دخلت هذه الدار فأنت حرٌّ، ودخل العبد؛ وذلك أنّه لمّا أكرهه علىٰ اليمينِ ـ والعتق وقع بغير اختيار المكرَه ـ صار الإتلاف بسبب من جهة المكرِه، فلزمه الضمان.

قال: ولو أُكره علىٰ أن علق العتق بفعل نفسه، ففعل المولىٰ ذلك الفعل، فإن كان فعلاً مفروضًا علىٰ المولىٰ [فعله]، أو يخاف المولىٰ [من تركه] تلف نفسه، مثل الأكل والشرب، ففعل المولىٰ ذلك، عتق العبد وضمن المكرِه؛

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

وذلك لأنّه إذا قال له: قل[1]: إن أكلت أو شربت فعبدي حرٌّ، وهو لا يقدر على ترك الأكل والشرب إلا بضررٍ في نفسه يخاف منه التلف، وكذلك إن قال له: قل: إن صليت فعبدي حرٌّ، فقال ذلك وهو لا يقدر على ترك الصلاة لما يخاف من المأثم، فصارَ مكرهًا على فعل الشرط، وفعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه، فيصير كأنّه هو الفاعل له، فيلزمه الضمان.

ولو أكرهه على أن يقول: إن تقاضيت دَيني الذي على فلان، أو أكلت [طعام] كذا وكذا ـ لطعامٍ خاصٍّ يجد منه بُدّاً ـ ثم فعل ذلك الذي حلف عليه، عتق العبد، ولم يغرم المكرِه شيئًا؛ وذلك لأنّه لا يخاف على نفسه بترك تقاضي الدين، وكذلك لا يخاف إذا كان ترك أكل طعام بعينه، وإنّما يلحقه من ذلك ضررٌ، فصار الإكراه به كالإكراه بالقيد والحبس، فلا يؤثّر في حكم العتق.

وقد قالوا في المريض [إذا قال] لزوجته: إن تقاضيتِ دينك على فلانٍ، فأنت طالقٌ، فاقتضت دينها: إنّها تطلق وترث؛ وذلك لأنّه يلحقها بترك الاقتضاء ضررٌ، فصار كأنّ الزوج أكرهها بالقيد والحبس، حتى سألته الطلاق، ولو فعل ذلك لم يسقط ميراثها، فكذلك تقاضي الدين.

وفي مسألتنا ترك الاقتضاء يُلحق به ضررًا لا يخاف منه تلفًا[2] على نفسه، فهو كالقيد والحبس، ولو أكرهه على العتق بذلك لم يضمن. وبالله التوفيق[3][4].

تم كتاب الإكراه

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.
(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.
(٣) (وبالله التوفيق) سقطت من ب.
(٤) انظر: الأصل ٣١٣/٧ وما بعدها.



[٧٩] كتابُ القِسْمَةِ



قال ﷺ: القسمة(١) من الحقوق اللازمة في المال المشترَك إذا التمسها أحد الشركاء(٢).

والدليل على جوازها: أنّ النبي ﷺ قسم خيبر بين أصحابه(٣)، ونَصّب عليّاً قاسمًا يقسم للناس(٤) بالأجر، وهو فعل المسلمين من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا.

وإنّما وجبت بطلب أحد الشركاء(٥)؛ لأنّ كلّ واحدٍ [منهم] منتفعٌ في حال الإشاعة بملك صاحبه، فإذا التمس القسمة فهو مانعٌ لصاحبه من الانتفاع بملكه، فله حقٌّ في ذلك.

والقسمة عندنا على ضربين:

---

(١) القسمة لغة: الاقتسام.
وشرعًا: «تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء». التوقيف (قسم)، وفي اللباب: «شرعًا: جمع نصيب شائع في مكان مخصوص»، أي: في نصيب معين.
«وإنما كانت جمعًا للنصيب بعد تفرق؛ لأنه كان قبل القسمة موزعًا على جميع أجزاء المشترك؛ إذ ما من جزء مهما قلّ، إلا ولكلٍّ واحد من الشركاء فيه بنسبة ما له في المجموع الكلي، ثم صار بعد القسمة منحصرًا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء، ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان، كما في المهايأة الزمانية». معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٣٦٣.

(٢) في ب (الشريكين).

(٣) رواه البخاري (٢٢٠٩) من حديث عمر ﷺ.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) في ب (الشريكين).



أحدهما: وضع لتمييز الحقوق، وهو القسمة فيما لا يُختلف فيه[1]، كالمكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت[2]، وإذا قُسمت فكأنّ كلّ واحد من الشريكين أخذ ما استحقه في الأصل؛ فلذلك جاز له أن يبيعه مرابحةً.

والنوع الثاني: قسمةٌ في معنىٰ المعاوضة، وهي قسمة ما يتفاوت، كالثياب والعقار، فما يأخذه كلّ واحدٍ منهما فبعضه بحقّ ملكه، وبعضه عوضٌ عمّا له في يد الآخر[3]؛ فلذلك لا يجوز له أن يبيعه مرابحةً[4] [٤٣٧/ب].



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) وهِيَ ما تعرف بقسمة الإفراز: قسمة الشيء المتماثل الأجزاء باعتبار المقدار، وتسمّىٰ أيضًا: (القسمة بالأجزاء)؛ لهذا الاعتبار، كما تُسمىٰ: (قسمة المتشابهات)؛ لأنها لا تكون إلّا فيما تشابهت أنصباؤه دون تفاوت يذكر، أو يُعتدّ به. انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٦٤.

(٣) وهذه تعرف بـ: (قسمة التعديل): وهي قسمة الشيء باعتبار القيمة والمنفعة، لا باعتبار المقدار؛ وذلك عندما تدعو الحاجة إلىٰ تقويم المقسوم؛ لأن الأنصباء لا تتعادل بذاتها، وإنما تعدّل باعتبار القيمة؛ لجواز أن يكون الجزء الأقل معادلاً للجزء الأعظم في قيمته ومنفعته. انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٦٤.

(٤) انظر: الأصل، ٢٦٨/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٧/٨.



بَابُ
قسمةِ العقارِ

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: إذا كانت الدار بين رجلين، فاقتسماها مذارعةً، وذَرَعها[1] بينهما قاسمٌ، فإنّ ذلك جائزٌ، وكذلك قسمة قاسم القاضي إذا قسم بين قومٍ وأقرع بينهم، فإنّ أبا حنيفة قال: هو جائزٌ[2].

أمّا جواز القسمة إذا [تراضوا][3] بقاسمٍ يقسمُ بينهم ذلك؛ لأنّ القسمة حقٌّ لهم، فإذا تراضوا فيها علىٰ شيءٍ جاز، ولأنّها إن كانت في معنىٰ العقود فعقدهم من غير حُكمٍ جائزٌ، وإن كانت في معنىٰ الحكم، فيصح أن يتراضىٰ الخصمان بِحَكَمٍ يحكم بينهما، وكذلك يتراضيان [بقاسم][4].

وأمّا إذا قسمها قاسم القاضي؛ فلأنّ القسمة مما يُجبِر الحاكم عليها، فإذا تولاها قاسم القاضي فقسمه حكمٌ منه فيجوز ذلك.

وقال أبو حنيفة: القرعة في القياس لا تستقيم، ولكنّا تركنا القياس في ذلك وأخذنا بالآثار والسُّنة.

وجه القياس: أنّ القرعة فيها تملّكٌ معلّقٌ بخطرٍ، ألا ترىٰ أنّ ما يخرج لكلّ واحدٍ منهم بالقرعة يملكه، وينقطع عنه حقّ الباقين، والقرعة في إسقاط الحقوق

(١) في ب (فقسمها).
(٢) انظر: الأصل ٢٧٣/٣.
(٣) في أ (تراضيا) والمثبت من ب.
(٤) في أ (في تقاسم)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.




وإيجاب الملك لا تصحّ.

وجه الاستحسان: أنّ السّلفَ استعملوا القرعة في القسمة من غير نكيرٍ، وقد روي أنّ النبي ﷺ لما قَسَم خيبر جعلها سهامًا، فضرب لكل فريق سهمًا[1].

وقد قال أصحابنا: [إنّ] القرعة تُستعمل في كلّ شيءٍ جاز التراضي عليه، ولا تُستعمل فيما لا يجوز التراضي عليه، ومعلومٌ أنّ الحاكم إذا قَسَم جاز للخصمين التراضي بكلّ قسمٍ، وجاز للقاضي أن يقول: هذا القسم لهذا وهذا [القسم] لهذا، وإنّما وُضعت القرعة لتطييب القلوب وإزالة التهمة؛ لئلا يظنّ أحدٌ أنّ القاضي مالَ إلىٰ خصمه؛ ولهذا قال أصحابنا: إنّ [القرعة][2] لا تُستعمل في العتق؛ لأنّ التراضي لا يجوز علىٰ نقل الحرّية من شخصٍ إلىٰ شخصٍ.

وقد قالوا: [إنّ القسمة إذا كانت بالتراضي، فخرجت بعض السهام، جاز لهم الرجوع عن القسمة، إلا أن تكون خرجت السهام إلا سهماً واحداً؛ وذلك] أنّ القسمة إذا كانت بتراضيهم، فالعقد لا يتمّ إلا بانفراد كلّ واحدٍ منهم، وما لم يتمّ العقد، جاز الرجوع كالبيع الذي لم يتمّ، وأمّا إذا بقي سهمٌ واحدٌ، فقد تعيّن مستحقّه، وتمّت القسمة، فصار كخروج جميع السهام، وأمّا إذا كانت القسمة بالحكم، فإن الرجوع لا يؤثّر فيها وإن لم تخرج السهام؛ لأنّهم إذا امتنعوا أجبرهم القاضي، فلا معنىٰ لامتناعهم.

قال: وإذا كانت الدار[3] بين ورثةٍ، فاقتسموها، وفضّلوا بعضًا علىٰ بعض

---

(١) رواه أبو داود (٣٠١٠) من حديث سهل بن أبي حَثْمة؛ وقال الزيلعي في نصب الراية: (قال صاحب التنقيح: إسناده جيد) (٣٩٧/٣).

(٢) في أ (القسمة)، والمثبت من ب، وهو المناسب؛ لأنّ الممنوع في العتق القرعة لا القسمة.

(٣) في ب (الأرض).

لفضل قيمة البناء والموضع ، فهو جائزٌ ؛ لأنّ القسمة لتعديل الحقوق ، (وقد يكون بعض مواضع الدار خيرًا من بعضٍ)[1] ، وقد يكون بعض بنائها خيرًا من بعض ، فلا يقع التعديل والقسمة[2] إلا بالتفضيل ، فجاز ذلك.

قال: وإن كان البناء حين اقتسموا الأرض غير معروف القيمة ، فلا يجوز هذا في القياس ، ولكنّا استحسنا فيه وأجزناه.

وجه القياس: أنّ القسمة في الأرض والبناء قسمةٌ واحدةٌ ؛ بدلالة أنّه لا يجوز أن يفرد أحدهما بالقسمة عن الآخر ، فلم يجز أن يقسم العَرْصة[3] مع جهالة البناء ، كما لا يجوز أن يميّز بعض العَرْصَة [مع جهالةٍ بقيمتها.

وجه الاستحسان: أنّ الذّرع إذا وقع في العَرْصَة] ومُيّزت ، فالعقد موقوفٌ على تمام القسمة بتقويم البناء وتعديله ، فإذا تمّ العقد تمّ مع زوال الجهالة ؛ فلذلك جاز ، ولأنّ العَرْصَة والبناء [قد جُعِلا] كالشيئين المختلفين ، بدلالة أنّ أحدهما يُقسم على الذرع ، والآخر بالقيمة ، [فلم] يمنع جهالة أحدهما من صحّة الآخر.

قال أبو حنيفة ﵀: إن كانت الدار بين ورثةٍ كبارٍ ، وأقروا أنّها ميراثٌ بينهم ، فأرادوا [من] القاضي أن يأمر بقسمتها [بينهم] ، فإنّ القاضي لا يأمر بذلك إلا أن تقوم بيّنةٌ على أصل الميراث[4].

قال: وجملة هذا: أنّ العقار إذا كان في يد جماعةٍ ادّعوا أنّه ميراثٌ بينهم

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) في ب (والتمييز).

(٣) «العَرْصَة ـ بسكون الراء ـ: كل بُقْعة بين الدور واسعة ليس فيها بِنَاءٌ، والجمع: العِرَاص، والعَرَصات». الصحاح (عرص).

(٤) انظر: الأصل ٣/٢٧٣.



عن فلانٍ، فإن القاضي لا يقسمه بينهم [حتىٰ يقيموا البيّنة علىٰ الوفاة وعدد الورثة.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يقسم بينهم] باعترافهم، ويُشهد أنّه قسمها بإقرارهم، ولو كان في أيديهم عروضٌ أو شيءٌ ممّا يُنقل ويُحوّل، [تجوز] قسمته بإقرارهم استحسانًا(١).

فأمّا إن كان العقار في يد جماعةٍ يدعون أنه ملكٌ لهم، ولا يدعون انتقال الملك فيه من غيرهم، فإنّه يقسم باعترافهم في قولهم(٢) جميعًا.

وإن ادّعوا أنّهم اشتروا ذلك من فلانٍ الغائب، فيه روايتان: رواية الأصل(٣): أنّ القاضي يقسم بينهم باعترافهم في قولهم، وروي عن أبي حنيفة: أن القاضي لا يقسم حتىٰ يثبت انتقال الملك من الغائب.

أمّا الميراث: فوجه قول أبي حنيفة: أنّ التركة باقيةٌ علىٰ حكم ملك الميت، ولهذا يردّ [الوارث](٤) علىٰ بائع الميت بالعيب، وتنفذ منه وصاياه، وتقضىٰ ديونه، فإذا قسم القاضي نقل الشيء من حكم ملك الميت إلىٰ [ملك] الورثة من غير أن يكون في ذلك حظٌّ للميت، وذلك لا يجوز؛ ولأنّ القاضي يلي علىٰ الميت في حقوقه؛ فلهذا ينصّبُ له وصيّاً ليستوفي ديونه، ويقضي ديونه(٥)، وإذا ادّعوا انتقال الملك إليهم فيما للقاضي فيه ولايةٌ، لم يجز أن يَعمل علىٰ دعواهم

---

(١) انظر: المصدر السابق ٣/٢٧٤.

(٢) هنا في ب زيادة (وروي عن أبي حنيفة: أنّ القاضي لا يقسمه في قولهم جميعاً)، والسياق لا يقتضي هذه الزيادة.

(٣) في ب (الأصول).

(٤) في أ (المواريث)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٥) في ب (ما عليه).

إلا ببيّنةٍ، كما لو حضر خصم ينازعهم في ذلك، وهذا هو القياس في العروض، وإنّما استحسنوا؛ لأنّ في قسمتها حظًا للميت، ألا ترىٰ أنّها تحتاج إلىٰ الحفظ، فإذا قُسمت حفظ كلّ واحدٍ منهم ما حصل في يده، والعقار محفوظٌ بنفسه لا يحتاج إلىٰ الحفظ؛ ولأنّ العروض إذا قسمها صار ما يأخذه كلّ واحدٍ [منهم] مضمونًا عليه بالقبض، وذلك أنفع للميت، وأما العقار، فلا يضمن عنده بالقبض، فلم يكن في قسمته منفعةٌ؛ فلذلك لم يقسم(١).

وجه قولهما: أنّ كلّ من في يده شيءٌ فالظاهر أنّه مِلْكه، فإذا كان الظاهر أنّه علىٰ مِلْكهم جازت القسمة بقولهم.

وأما إذا ادعوا الشراء من غائبٍ، فوجه الرواية الظاهرة أنّ المبيع إذا كان في يد المشتري فقد انقطع حقّ البائع عنه، ولم يبق له فيه حكم ملكٍ، ولهذا لا يردّ المشتري المبيع علىٰ بائع بائعه بالعيب، فإذا لم يبق للبائع حقٌّ فيه، قُسم بقولهم.

وجه الرواية الأخرىٰ: أنّهم اعترفوا بالملك للبائع، وادّعوا انتقاله إليهم، فلا يقبل إلا ببيّنةٍ، كما لو ادّعوا الميراث، وإنّما قالا ذلك؛ لأنه يكتب(٢) في كتاب القسمة أنّ القاضي قسمها باعترافهم، حتىٰ لا يكون ذلك قضاءً علىٰ مالكٍ لها أو شريكٍ لهم.

قال: وإذا كان في الورثة كبيرٌ غائبٌ أو صغيرٌ، والدار في يد الكبار الحضور، فأقرّوا بأنّها ميراثٌ بينهم، وأرادوا القاضي علىٰ قسمتها بينهم، فإنّ أبا حنيفة قال: لا أقسمها(٣).

---

(١) انظر: الأصل ٢٧٦/٣.
(٢) في ب (يكتب).
(٣) انظر: الأصل ٢٧٥/٣.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: أقسم بينهم وأعزل حقّ الغائب و[حقّ] الصغير، وأُشهدُ الشهودَ علىٰ أنّي قسمتها [بينهم] بإقرارهم، وأجعل الغائب والصغير علىٰ حجّته.

أمّا أبو حنيفة: فمن أصله أنّهم لو حضروا جميعًا، وطلبوا القسمة لم تقسم إلا بعد إقامة البيّنة، فمع غيبة بعضهم أولىٰ. [٤٣٨/أ]

وأمّا هما فقالا: إنّ الظاهر أنّ الدار علىٰ ملكهم، فإذا أقرّوا بسهمٍ للغائب فالقول قولهم فيه، فيقسمها باعترافهم، ويُشهد [الشهود] أنّه قسمها بقولهم، حتىٰ لا يكون في ذلك تمليكٌ لنصيب غيرهم.

فقال أبو يوسف: إذا كانت الدار في يد الغائب، أو في يد الصغير، أو في أيديهما منها شيءٌ [لم أقسمها حتىٰ تقوم البيّنة علىٰ الميراث، وهو قول محمدٍ، وكذلك لو كان في يد الغائب منها شيءٌ] استودعه رجلاً وغاب، لم أقسم ذلك حتىٰ يحضر؛ وذلك لأنّ القسمة فيه استحقاقٌ ليد الغائب والصغير، وذلك لا يجوز إلا ببيّنةٍ، ولأنّا إنّما نقبل إقرارهم؛ لأنّ الشيء في أيديهم، وإذا كانت اليد لغيرهم لم يكن بدٌّ من الرجوع إلىٰ قول الغائب، كما يجب الرجوع إلىٰ قولهم.

قال أبو الحسن: وإذا قامت البيّنة علىٰ المواريث والحاضر اثنان أو أكثر، والغائب واحدٌ أو أكثر، فإنّ أبا حنيفة [قال]: آمر القاضي بقسمتها وبعزل نصيب كلّ صغيرٍ وغائبٍ، ويوكّل وكيلاً بحفظه(١)؛ وذلك لأنّ كلّ واحدٍ من الورثة قائمٌ مقام الميت وخصمٌ عنه، فإذا حضر اثنان وطالب أحدهما الآخر بالقسمة، قام الطالب مقام الميت، (فجاز أن يقضىٰ عليه كما يقضىٰ علىٰ أحد الورثة بدين

(١) انظر: الأصل ٢٧٥/٣.



المدّعِي على الميت؛ لأنّ القاضي قام مقام الميت)[١] وخصمٌ عنه، فإذا تنازع اثنان من ورثته، قام القاضي مقام الغائب [منهم] والصغير بولايته على الميت، فجاز أن ينصب عنه خصمًا ويقضي بالقسمة.

وأمّا إذا كانت الدعوى [للملك][٢] من غير المواريث، فتنازع شريكان في القسمة، ولهم شريكٌ غائب، فإنّ القاضي لا يقسمها في قولهم؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم ليس بخصمٍ عن الآخر، والقاضي لا ولاية له على الغائب، فلم يجز القضاء [عليه] من غير أن يحضر مَنْ يقوم مقامه.

وأمّا إذا حضر [وارثٌ] واحدٌ وغاب الباقون، وطلب القسمة، فإنّ القاضي لا يقسم؛ لأنّ القسمة[٣] لا تصحّ إلا بين متقاسمين، فمتى حضر اثنان فالعقد يصحّ بينهما، وحقّ الغائب على طريق التبع، وإذا حضر واحدٌ وليس هناك خصمٌ [له]، فلم يصحّ الحكم به وحده؛ لأنّ المتنازعين يقوم المدّعي مقام نفسه، والآخر مقام الميت، فإذا حضر واحدٌ لم يجز أن يكون هو المدّعِي والمدَّعَى عليه؛ ولذلك لا يقسمها القاضي[٤].

فإن كان الوارث الحاضر كبيرًا، وهناك وارثٌ صغير، نصب القاضي للصغير وكيلاً وقسم؛ لأنّ القاضي يلي على الصغير في حقوقه، فيلزمه أن ينصب من يدّعي له ويجيب عمّا يُدّعَى عليه، ولو أقام الوكيل مقام الصغير، فكأنّ الورثة كبارٌ حضورٌ.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في أ (للمالك)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.
(٣) في ب (العقد).
(٤) انظر: الأصل ٣/٢٧٥.




قال: ولو أنّ بيتًا في دارٍ بين رجلين[1]، أراد أحدهما قسمته، وأبىٰ الآخر، فارتفعا إلىٰ القاضي، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك: إن كان ينتفع كلّ واحدٍ منهما بنصيبه إذا قسم ويصلح لشيءٍ، فإن القاضي ينبغي أن يقسمه بينهما.

قال[2]: وجملة هذا: أنّ المتخاصمين في القسمة إذا كان كلّ واحدٍ منهما ينتفع بنصيبه، قسم القاضي [بينهما]؛ لأنّ لكلّ واحدٍ منهما حقًا في القسمة ومنفعته، فإذا طلب ذلك أحدهما أُجبِر الآخر عليه.

وأمّا إن كان أحدهما ينتفع بنصيبه، والآخر يستضرّ به لقلّته، فإن طلب القسمة الذي ينتفع بها، قسم بينهما وإن استضرّ الآخر، (وإن طلبها الذي يستضرّ)[3]، لم يقسم.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يقسم في الوجهين.

أمّا إذا كان الطالب ينتفع بنصيبه وله حقٌّ في القسمة، [فهو مطالبٌ][4] بما له فيه حقٌّ فصحّت مطالبته، ولا يعتدّ باستضرار الآخر؛ لأنّه يريد أن ينتفع بملك شريكه، وللإنسان [أن] يمنع غيره من الانتفاع بملكه.

وأمّا ابن أبي ليلىٰ فيقول: إنّ القسمة إذا أضرّت بأحدهما لم يجز للقاضي أن يتولاها، كما لو أضرّت بهما.

وهذا ليس صحيحاً؛ لأنّ صاحب النصيب القليل قد التزم هذا الضرر

---

(١) في ب (نفسين).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في أ (ومن طلب)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

ورضي به حين ملك شيئًا يسيرًا، والضرر الذي التزمه يجوز أن يقضى به عليهم.

فأمّا إذا طلب القسمة الذي يستضرّ، فلا حقّ له في هذه[1] المطالبة، ومن لا حقّ له في الشيء لا تصحّ دعواه فيه، فلا يُقضى له به.

وأمّا إذا كان كلّ واحدٍ منهما يستضرّ، فإنّ القاضي لا يقسمها إلا إذا اتفقا؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما لا حقّ له في المطالبة بما يستضرّ به، فلم تصحّ مطالبته، ولا يجوز القضاء له، فإن تراضيا بذلك قسمناه؛ [لأنّه] وإن استضرّ كلّ واحدٍ منهما، فقد يجوز أن يكون له فيه نفعٌ من وجهٍ، وإنّما لم يقسم لحقّه، فإذا رضي جاز.

قال أبو حنيفة: لا يقسم القاضي الحائط بين رجلين، ولا يقسم الحمّام؛ وذلك لأنّ في قسمة كلّ واحدٍ منهما ضررًا[2]، ألا ترى أنّه لا يُنتفع ببعضه دون بعضٍ، وقد بيّنا أنّ القسمة إذا استضرّ بها[3] الشريكان لم يفعلها القاضي بطلب أحدهما.

وقال أبو حنيفة: القسمة جائزةٌ على الرجال والنساء وأهل الذِّمَّةِ؛ وذلك لأنّها من حقوق الملك، والرجل والمرأة، والمسلم والذميّ، في الملك سواءٌ، فكذلك في حقوق الملك.

قال: وكذلك حرٌّ وعبدٌ تاجرٌ ومُكَاتَبٌ، فالقسمة عليهم جائزةٌ؛ لأنّ القسمة من أحكام الملك، والعبد التاجر في أحكام الملك كالحرّ.

قال أبو حنيفة: وإذا كانت الدار شراءً بين قومٍ وأحدهم غائبٌ، وأقاموا بيّنةً

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) الأصل ٣/٢٧٥.
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

علىٰ ذلك ، فإنّي لا أقسمها ، وكذلك قال أبو يوسف ومحمدٌ ؛ وذلك لأنّ القاضي لا ولاية له علىٰ الغائب ، فلم يجز أن يحكم عليه مع غيبته ، وليس كذلك الميراث لما قدّمناه.

وقال أبو يوسف: إذا كانت الدار ميراثًا ، وفيها وصيةٌ بالثلث ، وبعض الورثة غائبٌ ، وبعضهم شاهدٌ ، فأراد الموصىٰ له بالثلث أن يقسمها ، فأقام البيّنة علىٰ المواريث والثلث ، فإنّ الدار تقسم علىٰ ذلك ؛ [وذلك] لأنّ الموصىٰ له شريك الوارث ، ولو حضر الوارثان قسمت الدار وإن كان هناك وارثٌ [واحدٌ] غائبٌ ، فكذلك إذا حضر وارثٌ وموصىً له.

وقال أبو حنيفة: إذا كانت الدار بين ورثةٍ ، قسمت كلّ دارٍ علىٰ حدةٍ ، ولم أجمع نصيب أحدهم في دارٍ واحدةٍ إلا أن يتراضوا علىٰ ذلك ، وكذلك الداران المتلاصقان ، فأمّا المنزلان في دارٍ واحدةٍ إذا كانا متلاصقين ، فإنّي أقسمهما جملةً واحدةً.

وقالا(١): ينظر القاضي في ذلك ، فإن كانت إذا جُمعَت أنصباء كلّ واحدٍ [منهم] في دارٍ كان أعدل للقسمة ، جُمِع ذلك.

قال محمدٌ: لو كانت إحدىٰ الدارين بالرَّقَّة ، والأخرىٰ بالبصرة ، قسمت أحدهما في الأخرىٰ(٢).

لأبي حنيفة: أنّ اختلاف [الدور قد أُجري مجرىٰ اختلاف الأجناس ، لأنّ

(١) في ب (وقال أبو يوسف ومحمدٌ).
(٢) انظر: الأصل ٣/٢٧٦ ، ٢٧٧.

الأغراض تختلف فيها باختلاف البلدان] والفلوات[1] والمحالّ في كلّ بلدٍ، ومواضع الدار في كلّ محلّةٍ، ولهذا لو تزوّج على دارٍ لم تصحّ [التسمية][2]، كما لو تزوجها على ثوبٍ، وإذا جرت مجرى الأجناس، لم يجز أن يقسم بعضها في بعضٍ إلا بالتراضي، وأمّا المنزلان المتلاصقان وهما في دارٍ واحدةٍ، فحكمهما حكم الشيء الواحد، فإن افترق المنزلان في دارٍ، قسم كلّ واحدٍ على حدته كما يقسم الداران.

فأمّا هما فقالا: بأنّ [٤٣٩/ب][3] القاضي غرضه في القسمة إيفاء كلّ واحدٍ حقّه، واستعمال العدل في القسمة، وإذا كان جمعُ النصيب في دار أنفع [لمن يأخذها][4] من التفريق، فعل ما هو الأحوط.

قال: ولو اختلفا في قيمة البناء، فقال بعضهم: اجعل قيمة البناء بذرع من الأرض، وقال بعضهم: اجعلها على الدراهم، فإن القاضي يجعلها على الذرع.

قال[5]: وجملة هذا: أنّ القاضِي لا ينبغي أن يقسم[6] ويدخل في القسمة الدراهم، فإن فعل ذلك، جاز.

---

(١) الفلوات، مفردها: الفَلَاة: المفازة: وهي الأرض التي لا ماء فيها. انظر: الصحاح؛ المصباح (فلا).

(٢) في أ (القسمة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) الأصل هنا أن يكون الوجه [ب] من الورقة (٤٣٨)، وكانت بدايتها: (فيتعذر مع ذلك التعديل...)، وهو ما لا يتناسب مع السياق، وظهر بالمقارنة مع ب وجود خلل في ترتيب الأوجه في النسخة أ، وأنّ الصواب هنا هو الوجه [ب] من الورقة (٤٣٩)، فتمّ إثباته.
ويكون الترتيب المناسب في الأوراق والأوجه من هذا الموضع: [٤٣٩/ب] ـ [٤٤٠/أ] ـ [٤٣٨/ب] ـ [٤٣٩/أ] ـ [٤٤٠/ب]، ثم تكون الأوراق على الترتيب السوي.

(٤) في أ (بأحدهما) والمثبت من ب.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٦) (أن يقسم) سقطت من ب.

وقال مالكٌ: إن كانت يسيرةً جاز، وإن كانت كثيرةً لم يجز وأفسدت القسمة.

والوجه في ذلك: أنّ القسمة من حقوق الملك المشترك، والشركة بينهم في الدار، ولو أدخلنا الدراهم لقسمنا ما ليس بمشترك، وهذا لا يصحّ؛ ولأنّ الذي يُعطى الدراهم يتعجل استيفاء زيادة النصيب في الدار، ويجعل الدراهم في ذمته، ويجوز أن يسلّم لحصتِهِ[1]، ويجوز أن لا يسلّم، فلم يجز للقاضي أن يعجّل نصيب أحدهم ويؤخّر نصيب الآخر.

فأمّا إذا فعل ذلك جاز؛ لأنه قد لا يمكن القسمة إلا بالتعديل بالدراهم، ألا ترى أنّ قيمة البناء في أحد الحيزين يكثر، فلو عدّلناه بالعَرْصة[2] لم يبق لصاحب البناء في العَرْصة ما ينتفع به، فيبدل[3] ذلك بالدراهم حتى ينتفع كلّ واحدٍ منهم بقطعةٍ من العَرْصة، إلا أنّ الأولى أن لا يفعل ذلك ما أمكن؛ لأن الدراهم في مقابلة البناء بيع، والقاضي يجبر على القسمة، ولا يجبر على البيع.

قال: فإن اختلفوا في رفع الطريق، فقال بعضهم: ارفع طريقًا بيننا، وقال بعضهم: لا ترفع، فإن الحاكم ينظر في ذلك: فإن كان يستقيم لكلّ واحدٍ منهم طريقٌ مستقيمٌ يقيمه[4] في نصيبه، فإنّه يقسم بينهم لغير طريقٍ يرفع لجماعتهم، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع الطريق بين جماعتهم؛ لأنّه إذا كان كلّ واحدٍ يمكن أن ينفرد بطريق، فالمانع من رفع الطريق يطلب قسمة [كل المال][5]، والآخر

(١) في ب (أن يسلم لخصمه).
(٢) «العَرْصَةُ: كل بقعة بين الدور واسعة، ليس فيها بيناء، والجمع: العِرَاص، والعَرَصات». المصباح (عرص).
(٣) في ب (فيعدل).
(٤) في ب (يصح).
(٥) في أ (الملك) والمثبت من ب.

يطلبُ قسمة بعض الملك دون بعضٍ، فالواجب أن يقسم كلّ ملكٍ مشتركٍ إذا أمكن قسمته من غير ضررٍ، فأمّا إذا لم يكن، فالواجب رفع الطريق بينهما على الشركة؛ لأنّا لو لم نرفعه لم ينتفع كلّ واحدٍ بنصيبه، فالقسمة لا تقع على وجه الضرر بالمتقاسمين.

قال: ولو اختلفوا [(١)] في سَعةِ الطريق وفي ضيقه [(٢)]، جُعِل على عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيهم؛ وذلك لأنّ الطريق يُحتَاج إليه ليُسلَك منه إلى الباب [(٣)]، فمقدار الباب يُحتَاج إليه، وما زاد عليه لا تدعو الحاجة إليه، فلا وجه لتركه.

قال: وإذا وقع حائط بين قسمين، وذلك الحائط لأحد القسمين، وعليه جذوعٌ للآخر، فوقعت القسمة على أن يكون هكذا، أو لم يذكروا في القسمة شيئًا، فإنّه يُترَك على حاله، إلا أن يشترط [قلع الجذوع عنه] [(٤)].

وكذلك لو كان [أَزَجٌ [(٥)]] [(٦)] وقع على حائط على هذه الصفة، أو درجةٌ، وكذلك الأسطوانة وقع عليها جذعٌ، وكذلك روشَنٌ وقع لصاحب العلو مشرفًا على نصيب الآخر، فأراد صاحب السِّفل أن يقطع [(٧)] الروشَن، فليس له ذلك،

---

(١) في ب (اختلفا).

(٢) في ب (صفته).

(٣) في ب (الدار).

(٤) في أ (وضع الجذوع عليه)، والمثبت من ب، وهو المناسب لأنّ المسألة في جدارٍ عليه جذوعٌ، فكيف يشترط وضع الجذوع عليه.

(٥) (الأزج: بناءٌ مستطيلٌ مقوّس السقف). المعجم الوسيط (أزج).

(٦) في أ (الرحا)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق، وانظر: المبسوط للسرخسي (٢١/١٥).

(٧) في ب (يقلع).

إلا أن يشترط قطع ذلك ، ألا ترىٰ أنّ أحدهما لو [أصابه][١] بيت علو وأصاب الآخر سفله ، لم يكن لصاحب السفل أن يهدم العلو ؛ وذلك لأنّ القاسم لمّا قسم بينهما وجعل الحائط لأحدهما والحيّز الآخر لخصمه ، فقد حصل له بالقسمة الروشن والسقف الموضوع علىٰ هذا الحائط ، فلو جوّزنا لصاحب الحائط إزالة ما عليه ، لم يسلم للمقاسم ما سُلّم إليه بالقسمة ؛ فلذلك وجب تبقيته علىٰ ما هو عليه ، وإن لم يشترط .

وأمّا إذا شرط قطعه[٢]، فلم يجعل لمن هو في نصيبه حقّ الاستقرار علىٰ الحائط ، فلم يجز تركه .

وقد قالوا في المتقاسمين: إذا كان لأحدهما أطراف خشبٍ علىٰ حائطٍ طاعنة في قسمة شريكه ، فإن كانت ممّا يمكن أن يُجعل عليها سقفٌ لا يُكلّف قطعها ؛ لأنّ هذا لم يشترط قطعه ، وهو مما ينتفع به ، فصار كالعلوّ والروشَن .

وإن كانت الأطراف لا يمكن التسقيف عليها ، فإنّ صاحبها يكلف قطعها ؛ لأنّه إذا لم ينتفع بتبقيتها ، لم يجز أن يكون ذلك من حقوق القسمة المستقرة ، فصار صاحبها شاغلاً بها نصيب صاحبه لما له بغير حق ، [فيؤمر بإزالتها][٣].

وذكر ابن رستم في نوادره في المتقاسمين: إذا مُيّز نصيب أحدهما وفيه شجرةٌ أغصانها مطلّةٌ علىٰ قسمة الآخر ، فإنّ الأغصان تقطع ؛ لأنّه لما لم يمكن أن يستقرّ هذا الحق حتىٰ يصير شرطًا في القسمة ، صار كالأطراف التي لا سقف[٤] عليها ،

---

(١) في أ (أوصىٰ به) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (قلعه) .

(٣) في أ (فهو من باب إليه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٤) في ب (لا يستقر) .



فيقطع.

وذكر ابن سماعة في نوادره: أنّها لا تقطع؛ لأنّ في ذلك ضررًا علىٰ الشجرة، وقد استحقّ صاحب الشجرة هذه الشجرة علىٰ وجهٍ لا يستضرّ به، فصار بقاء أغصانها حقّاً علىٰ شريكه، كأطراف الجذوع التي يمكن التسقيف عليها.

قال: وإذا أصاب رجلاً مقصورة[1] في دارٍ، وأصاب الآخر منزل آخَر، طريقُ هذا المنزل في هذه المقصورة، [ولم يذكروا ذلك عند القسمة، فلا طريق له في المقصورة].

قال: وجملة هذا: أنّ القسمين إذا كان طريق أحدهما في الآخر، أو مسيل ماء أحدهما في الآخر أو علىٰ عُلُوِّه، فاقتسموا ولم يبيّنوا ذلك، ولم يذكروا الحقوق، فإنّه ينظر: فإن كان يقدر كلّ واحدٍ من المتقاسمين أن يفتح لنفسه طريقًا ويُسيل ماءه في مِلْكِه من غير أن يستطرق في نصيب الآخر ولا يسيل فيه الماء، فإنه يقطع طريقه ومسيله من نصيب شريكه، فالقسمة جائزةٌ؛ لأنّها موضوعةٌ لتمييز حقّ أحد الشريكين من حقّ الآخر، [وقد أمكن ذلك ولم يشترط لأحدهما حقٌّ في نصيب الآخر]، فوجب أن يصرف طريقه ومسيله عنه.

وإن كان لا يمكنه أن يُسيل ماءه إلا علىٰ نصيب شريكه، ولا طريق له إلا في ملك شريكه، فهو علىٰ وجهين:

إن شرط القاسم في القسمة أنّ ما أصاب كلّ واحدٍ [منهما] فهو له بحقوقه، فإنّه يترك الطريق والمسيل في حقّ الآخر علىٰ حاله؛ لأنّه لا يمكن صرفه إلا

(١) «ومقصورة الدار: الحجرة منها»، كما في المصباح، وفي المعجم الوجيز: «المقصورة من الدار: حجرة خاصة مفصولة عن الغرف المجاورة، فوق الطبقة الأرضية». (قصر).

بضررٍ؛ ولأنّه يبقىٰ بلا طريق ولا مسيل، فصار الاستطراق في نصيب الشريك حقًّا له، وقد شرط له في القسمة الحقوق، فوجب أن يترك حقه في الاستطراق علىٰ ما كان عليه.

وإن كان القاسم لم يشرط في القسمة الحقوق، فالقسمة باطلةٌ، ويستأنفها القاسم علىٰ وجهٍ يمكّن كلّ واحدٍ منهما أن يجعل لنفسه (١)طريقه أو مسيله؛ لأنّه لمّا لم يشرط الحقوق، لم يجز أن يُترك له حق الاستطراق في نصيب شريكه، فبقيت القسمة لا ينتفع [كلّ واحدٍ منهما] (٢)بنصيبه، وهذا غلطٌ من القاسم، فوجب أن يفسخ قسمته ويستأنفها علىٰ وجه ينتفع به كلّ واحدٍ من الشريكين (٣)بنصيبه.

قال: [٤٤٠/أ] وإذا وقع للرجل في القسمة ساحةٌ لا بناء [فيها]، ووقع للآخر بناءٌ، فأراد صاحب الساحة أن يبني ساحته ويرفع بناءه، فقال صاحب البناء: تسدّ عليّ الريح والشمس، فلا أدعك ترفع بناءك، فلصاحب الساحة أن يرفع بناءه ما بدا له، وليس للآخر أن يمنعه؛ لأنّه حقّه يَصنعُ فيه ما بدا له، وهذا قولهم.

ولو أراد أن يصنع في الساحة مَخْرَجًا أو تَنُّورًا (٤)، أو أراد أن يبني حمّامًا ومنعه صاحبُ البناء، فليس له منعه من ذلك.

وكذلك لو جعل فيها رحاً (٥)، أو قصّارًا (٦)، أو صانعًا، ولو كفّ عن شيءٍ

(١) في ب (لنصيبه).
(٢) في أ (أحدهما)، والمثبت من ب.
(٣) في ب (منهما).
(٤) «التَّنُّورُ: الفُرن يخبز فيه، وجمعه تنانير». المعجم الوجيز (التنور).
(٥) الرَّحا: الأداة التي يُطحن بها: وهي حجران مستديران يوضع أحدهما علىٰ الآخر، ويُدار الأعلىٰ علىٰ قطب، والجمع أَرحاء، وأَرْحِيَة». المعجم الوجيز (رحا).
(٦) والقَصَّار: المبيض للثياب. انظر: المصباح (قصر).



يؤذي جاره كان أحسن له، ولكن لا يُجبر على ذلك؛ لأنّ صاحب الساحة يتصرّف في ملكه، وله ذلك وإن آذى[1] غيره، ألا ترى أنّ الدكاكين الشارعة في الطريق يستضرّ أهلها، بغبار [الرِّكاب][2] والتراب الذي تنثره الدوابّ، ولا يُمنع أهل الطريق من ذلك؛ لأنّهم يتصرّفون في حقّهم وإن أضرّ بغيرهم.

وكذلك أرباب الحوانيت، يوقدون النار فيها، فيستضرّ [بهم] مارّة الطريق، ولا يمنعوهم من ذلك؛ لأنّهم يتصرفون في ملكهم، فكذلك هذا.

وإنما قال: إنّ الكف عمّا يؤذي الجار أولى[3]؛ لما روي أنّ النبي ﷺ قال: «**أوصاني جبريل بالجار حتى ظننت أنّه يورثه**»[4].

قال: ولو فتح صاحب البناء في علوه وفي بنائه بابًا أو كُوّةً فطلب صاحب الساحة أن يسدّ ذلك، وتأذّى به، لم يكن له سدّه، ولكن يبني في ملكه ما يستره من ذلك[5].

وكذلك جميع هذا القول في دارين إحداهما لرجل، والأخرى [لآخر][6]؛ وذلك لأنّ صاحب البناء لو أراد أن يرفعه لم يكن لجاره منعه من ذلك، فإذا فتح فيه باباً فإنّما رفع بعضه دون بعضٍ، فله ذلك.

---

(١) في ب (أضرّ).

(٢) في أ (الدكان) والمثبت من ب.
«والرِّكَابُ ـ بالكسر ـ: المَطِيُّ، الواحدةُ راحلة من غير لفظها». المصباح (ركب).

(٣) في ب (أو المار).

(٤) رواه البخاري (٥٦٦٨)؛ ومسلم (٢٦٢٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٥) انظر: الأصل ٣/٢٧٨ ـ ٢٨١.

(٦) في أ (لرجل) والمثبت من ب.



وأمّا إذا بنىٰ صاحب الساحة في ملكه ما يستر ذلك الباب [جاز]؛ لأنّه متصرّفٌ في ملكه، فجاز ذلك، وإن منع [به][1] الغير من الاطلاع عليه.

قال: ولو اتخذ رجلٌ في منزله في ملكه [كرياساً[2]][3] أو بالوعةً[4] أو بئرًا استقىٰ منها الماء، [فنزّ][5] منها حائط جاره، فطلب جاره تحويل ذلك، فإنّه لا يُجبر علىٰ تحويله؛ لأنّه ملكه، يصنع به ما بدا له، وإن سقط الحائط من ذلك، لم يضمن صاحب البئر شيئًا؛ لما بيّنا أنَّه ملكه يصنع فيه ما بدا له، أنّه تصرف في ملكه فلم يمنع من ذلك وإن أضرّ بغيره، وإذا لم يكن متعدّيًا في السبب، لم يضمن ما يتولّد[6] منه[7].

وذكر بعد هذا مسألة في النصيبين، إذا كان لأحدهما علىٰ الآخر مسيلٌ أو طريقٌ، وقد بيّنا[8] ذلك.

قال: ولو رفع[9] طريقًا بينهما، وكان علىٰ الطريق ظُلّةٌ[10]، وكان طريق

---

(١) في أ (منه)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٢) (الكِرياس: الكنيف في أعلىٰ السطح بقناة من الأرض). القاموس المحيط (كرس).
(٣) في أ (كوماً)، والمثبت من ب، وانظر المبسوط للسرخسي (٢١/١٥)
(٤) «البَالوعة: ثَقْب يُعَدّ لتصريف الماء، والجمع: بواليع». المعجم الوجيز (بَلَعَ).
(٥) في أ (فنضر) والمثبت من ب.
«النِّز ـ بفتح النون وكسرها ـ: ما يتحَلَّب من الأرض من الماء، وقد أنزَّت الأرض: صارت ذاتُ نزٍّ: هو الندىٰ السائل. انظر: المصباح؛ مختار الصحاح (نَزَّ).
(٦) في ب (يحدث).
(٧) انظر: الأصل ٣٨٢/٣.
(٨) في ب (قدمنا).
(٩) في ب (وقع).
(١٠) الظُّلَّة ـ بالضم ـ كهيئة الصُّفَّة، وجمعها ظُلل وظِلال، والمقصود هنا: السقيفة ونحوها، ومنه ظُلَّة=

أحدهما على تلك الظلّة ، وهو يستطيع أن يجعل طريقًا آخر ، فأراد صاحب الممر[1] أن يمنعه [المرور] على ظهر ظلته[2] لم يكن له ذلك ؛ لأنّ حُكم العلو حُكْمُ السفل [إلا أن يشترط غير ذلك ، وإذا كان لهم في السفل الاستطراق] فكذلك العلو لا يمنع من الاستطراق عليه .

قال: ولو أنّ رجلين اقتسما دارًا فوقع الباب لأحدهما ، ووقع قسم الآخر في الناحية الآخرى ، و[ليس] له طريقٌ يمرّ فيه ، فإنّ أبا حنيفة قال: إن كان له موضعٌ[3] يفتح فيه بابًا آخر أخّرت القسمة ، وأمرته أن يفتح في ذلك بابًا ، وإن لم يكن له في ذلك مفتح بابٍ ، (أبطلت القسمة ؛ لأنّ هذا ضررٌ ، وهذا على ما قدّمنا: إذا أمكن الذي لا باب له أن يفتح بابًا)[4] لم يجز أن يستطرق نصيب شريكه إلى الباب ، وإن [كان][5] لا موضع له وقد شرط[6] الحقوق ، فله أن يسلك في نصيب شريكه إلى الباب ، وإن لم يشترط الحقوق ، فسخت القسمة على ما قدّمنا .

ولم يذكر أبو الحسن في هذا (الفصل إذا شرطت الحقوق وذكره في)[7] الفصل الذي قبله ، وهذا محمولٌ عليه وإن سكت عنه[8] .

= المسجد . انظر: الصحاح ؛ معجم لغة الفقهاء (ظَلَّ) .

(١) في ب (صاحبه) .

(٢) في ب (تلك الظلة) .

(٣) (له موضع) سقطت من ب .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) في أ (طلب) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٦) في ب (شرطت له) .

(٧) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٨) انظر: الأصل ، ٢٧٣/٣ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٨/٨ وما بعدها .



بَابُ
قسمة غير العقارِ

قال علي بن الجَعْد عن أبي يوسف: إذا كانت غنمٌ بين رجلين ميراثاً أو شراءً، فأقرّا بذلك، فإنّ أبا حنيفة قال: أقسمها بينهما وإن لم يقم بيّنةٌ على الميراث بعد أن يكون في أيديهما ويقرا أنّه لا وارث [له] غيرهما، وكذلك قال أبو يوسف.

وكذلك الإبل والبقر والثياب المَرَويّة[1] والهَرَويّة[2].

قال: وهذا على ما قدّمنا فيها، أن العروض يخاف عليها التَّوَىٰ[3] والتلَف، فللحاكم ولايةٌ في حفظها، فإذا قسمها كان أقرب إلىٰ حفظها؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الورثة ينفرد بحفظ ما يحصلُ في يده منها؛ ولأنّ ما سلمه إلىٰ كلّ واحدٍ يصير مضمونًا عليه، وفي ذلك حظٌّ للميت.

قال: فأمّا الثوب الواحد فلا يستقيم فيه القسمة؛ لأنّه لا ينقسم إلا بقطعه، وذلك إتلاف جزءٍ منه، وهذا فيه ضررٌ علىٰ المتقاسمين، فلا يجوز أن يفعله القاضي، فإن تراضيا عليه لم يقسم أيضًا لما فيه من إتلاف الملك، ولكنهما يقتسمانه إن اختارا بأنفسهما.

قال: وكذلك الثوبان إذا اختلفت قيمتهما لا تستقيم القسمة، إلا أن يزاد مع

---

(١) نسبةً إلىٰ (مرو).

(٢) هي ثيابٌ تُحمَل من هَرَاة. انظر: القاموس المحيط (هرو).

(٣) التَّوىٰ: الهلاك. انظر: القاموس المحيط (توي).



الأوكس[١] دراهم مسمّاةٌ؛ وذلك لأنّ الثوبين المختلفين لا يتعدّل أحدهما بالآخر إلا بزيادة دراهم مع الأوكس، وقد بيّنا أنّ إدخال الدراهم في القسمة لا يُجبَر عليها إلا أن يتراضىٰ[٢] بها الخصمان، فإن تراضيا فعلها الحاكم؛ لأنّه ليس في ذلك إتلاف مالٍ لهما.

قال: وثلاثة أثواب يستقيم فيها القسمة (علىٰ ما فسّرت لك من القيمة)[٣]، ثوبٌ بثوبين، أو ثوبٌ وربعٌ بثوبٍ وثلاثة أرباع، أو دراهم يردّها الذي نصيبه الأفضل علىٰ صاحب الأوكس، أمّا بالدراهم فلا يصحّ إلا بالتراضي لما بيّنا، وأمّا إذا قسم علىٰ أن يصيب أحدهما ثوبٌ وربع، والآخر ثوبٌ وثلاثة أرباع، علىٰ أن تكون الشركة في هذا الثوب بينهما، فهو جائزٌ؛ لأنّها قسمةٌ [في بعض][٤] المشترك دون بعضٍ، ألا ترىٰ أنّ كلّ واحدٍ منهما تفرّد بثوب، وتبقىٰ الشركة في ثوبٍ، وذلك جائزٌ إذا لم يكن غيره[٥].

كما لو قُسِمَت الضيعة وتُرِكَت العين علىٰ الشركة أو النهر، جاز ذلك وإن كان فيه قسمة بعض الملك دون بعض، كذلك هذا.

قالوا: إن كان ثوبًا، من [كلّ] ذلك صنفٌ أو قَبَاء[٦] وجُبَّةٌ وقَمِيص وبِسَاط ووِسَادَة، فإنّ هذا لا ينقسم، وكذلك شاةٌ وبعيرٌ، وبرذون وحمارٌ؛ وذلك لأنّ

---

(١) الوَكْسُ من وَكَسَ، أي: النقص. انظر: الصحاح (وكس).

(٢) في ب (يرضىٰ).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في أ (لم يتبعّض) والمثبت من ب.

(٥) انظر: الهداية ٤/٤٥.

(٦) (القَباء: ثوبٌ يلبس فوق الثياب أو القميص، ويُتمنطق عليه). المعجم الوسيط (قبا).



الأجناس المختلفة لا ينقسم بعضها في بعضٍ إلا بالتراضي ؛ لأنّ القسمة إنّما هي لتمييز أحد الحقّين من الآخر ، وليس بين الجنسين اختلاطٌ حتىٰ تكون القسمة للتمييز فيها ، فلم يبق إلا أن يكون معاوضةً ، وذلك لا يجوز إلا بالتراضي .

قال أبو حنيفة: لا أقسم الرقيق ، وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يقسم .

لأبي حنيفة: أنّ تفاوت الرقيق أكثر من تفاوت الأجناس للتفاضل بين الآدميين ، فكما لا يقسم أحد الجنسين في الآخر[1] ، كذلك لا يقسم الرقيق ؛ ولأنّ الآدمي يظهر من نفسه خلاف ما هو عليه في الحقيقة [٤٣٨/ب][2] فيتعذّر مع ذلك التعديل ، (والقسمة موضوعةٌ للتعديل)[3] .

وجه قولهما: أنّه جنسٌ واحدٌ ، فيقسم بعضه في بعضٍ كالغنم والإبل .

وقد قال في الأصل: إذا كان مع الرقيق غيره ، قسمته[4] . وكان أبو بكر الرازي [يقول]: معناه قسمته بتراضيهما ، وقال[5]: لأنّ الجنسين إذا كان كلّ واحدٍ منهما يقسم علىٰ الانفراد ، لم يقسم أحدهما في الآخر ، فإذا كان أحدهما [لو] انفرد لم يقسم ، فأولىٰ بأن لا يقسم مع الآخر .

ومن أصحابنا من قال: إنّ الرقيق إذا كان معه غيره صار تبعًا في القسمة ، وقد يتبع العقود ما لا يفرد ، كدخول الشِّرْبِ والطريق في البيع ، فكذلك دخول

---

(١) (في الآخر) سقطت من ب.

(٢) الأصل أن يكون هنا الوجه [ب] من الورقة (٤٤٠) ، ولكن ثمة خللٌ في ترتيب الوجوه في النسخة أ ، والصواب في السياق أن يكون هنا هذا الوجه من الورقة (٤٣٨) ، كما أشرنا سابقاً..

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٣٠٤/٣.

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.



العين والنهر في القسمة.

وقال في مسألة الرقيق عطفًا عليها: وكذلك اللؤلؤ واليواقيت والزمرد [والزبرجد]، يعني أنّ هذه الأجناس المختلفة لا يقسم بعضها في بعضٍ كما لا يقسم سائر الأجناس، فأمّا إذا انفرد جنسٌ منها، فالتعديل فيه ممكنٌ، فيجوز قسمته.

قال: فأمّا الفضة التِّبْر[1]، فإنّها تقسم، والذهب التِّبْر والحديد التِّبْر والنحاس التِّبْر، ولا يقسم الآنية من ذلك؛ لأنّ التبر يمكن قسمته [بالوزن][2]، فينعزل نصيب كلّ واحدٍ منها.

وأمّا الآنية، فإنّ الصناعة فيها تجعلها كالأجناس المختلفة؛ فلذلك لا يقسم بعضها في بعضٍ.

قال: ويقسم قليل الموزون والمكيل وكثيره؛ لأنّ التمييز يمكن في القليل كما هو ممكنٌ في الكثير.

قال: ولا يقسم حائطٌ بين جارين، ولا حمّامٌ، ولا حانوتٌ صغيرٌ لا ينتفع كلّ واحدٍ منهما بما يصيبه منه؛ لأنّ الحائط لا يقسم إلا بنقضه، وذلك إتلافٌ لملكهم، والحمّام إذا قسم استضرّ كلّ واحدٍ منهما، وكذلك الحانوت الصغير، ومتى استضرّ كلّ واحدٍ من المتقاسمين بالقسمة، لم يكن فيها حقٌّ لواحدٍ منهما، فلا يصحّ مطالبته به.

فأمّا إذا كان الذي يصيب أحدهما من الحانوت ينتفع به، فقد بيّنا الكلام

---

(١) «التِّبْر: ما كان من الذهب والفضة غير مَصُوغ». كما في المصباح (تبر).
والمقصود: سبائك الذهب أو الفضة قبل ضربها نقوداً.
(٢) في أ (بالورق) والمثبت من ب.

فيه فيما مضىٰ.

وقال أبو يوسف في قسمة العقار: لا يجعل لبعضهم طريقًا علىٰ بعض ولا مسيل ماء إذا وجد سبيلاً إلىٰ ذلك، ولا يضمّ نصيباً إلىٰ نصيب إلا برضاً منهما؛ لأنّ القسمة موضوعةٌ للتمييز ولإزالة الشركة، فإذا أمكن تمييز الطريق والشِّرب [والمسيل][(١)] لم يجز تبقيته بالشركة، فإذا لم يمكن ذلك فلا بأس به؛ لأنّ التمييز لا يمكن من [كلّ] وجهٍ، فوجب أنّ يميّز أصل الملك وإن بقيت الشركة في الحقوق، وأمّا ضمّ بعض الشركاء إلىٰ نصيب بعضٍ، فيجوز إذا رضوا بذلك، لأنّ القسمة إنّما ثبتت لحقهم، فإذا اصطلح الشريكان علىٰ [ضمّ][(٢)] نصيبهما، فقد اختارا تمييز نصيب بقية الشركاء، ولم يختارا تمييز[(٣)] نصيب كلّ واحدٍ منهما من نصيب الآخر، فوجب أن يترك علىٰ الشركة.

قال: وخيار [الرؤية][(٤)]، وخيار[(٥)] الشرط[(٦)]، والردّ بالعيب في القسمة مثله في البيع، لا يختلفان، ما كان فيه خيار الرؤية في البيع فكذلك في القسمة، [وما لم يوجب خيار الرؤية في البيع، فهو كذلك في القسمة، وما لم يجز في البيع فليس بجائزٍ في القسمة]، (وما جاز من خيار الشرط في البيع، فهو جائز

---

(١) في أ (والمسلم)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٢) في أ (جميع) والمثبت من ب.

(٣) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٤) في أ (الورثة)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٦) «خيار الرُّؤْية: هو أن يشتري ما لم يره، ويردّه بخياره».
«خيار الشرط: أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل». التعريفات (خيار).
«وخيار العيب: هو أن يختار ردّ المبيع إلىٰ بائعه بالعيب».



في القسمة)[1] ، وما لا يوجب ردّ البيع في العيب ، لا يوجب ردّ القسمة ، وسواءٌ اقتسم الشريكان ، أو قسمه الحاكم بينهما.

أمّا خيار الرؤية والشرط ، فيصحّان في القسمة إذا كانت بتراضيهما ؛ لأنّها في معنىٰ البيع ، وأمّا إذا كانت بحكم الحاكم فلا معنىٰ لخيار الشرط والرؤية ؛ لأنّ الخيار يثبت للفسخ ، فإذا تفاسخا أجبرهما القاضي علىٰ إعادة القسمة ، فلم يكن في ذلك فائدةٌ.

فأمّا خيار العيب ، فيثبت[2] في القسمة بكلّ وجهٍ ؛ لأنّ القسمة موضوعةٌ للتعديل [فإذا ظهر العيب بنصيب أحدهما ، فلم يقع التعديل من الحاكم ، فوجب أن يفسخ لتحصيل التعديل] المستحَقّ.

قال: وما يرجع بنقصان العيب فيه [في المبيع] ، رجع بمثل ذلك في القسمة ، إلا أنّه يرجع علىٰ شريكه بنصف ما نقص نصيبه ذلك العيب ؛ لأنّ الردّ بالعيب واجبٌ في القسمة كما يجب في البيع ، فإذا تعذّر الردّ من طريق الحكم ، وجب الرجوع بنصف النقصان ، وإنّما رجع بنصف النقصان ؛ لأنّ ما يأخذه يأخذ بعضه بحقّ الملك ، وبعضه عوضًا عمّا له في يد الآخر ، فما كان من نصيب نفسه لا يرجع به ، وما كان من نصيب شريكه يرجع به[3].

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (فيسقط).

(٣) انظر: الأصل ، ٣/٣٠٣ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٨/٤٧٣.

بَابُ
ما لا يقسم من العقارِ وغيره

قال أبو الحسن: قال محمدٌ في الأصل: قال أبو حنيفة: لا أقسم الحائط، ولا الحمّام، وكذلك البيت الصغير إذا لم يصب واحدًا [منهم] ما ينتفع به، وقد بيّنا ذلك[١].

قال: ولو كان بيتٌ بين رجلين في أرض رجلٍ قد بنيا فيها بإذنه، ثم أرادا أن يقسما البيت وأن يهدماه، وصاحب الأرض غائبٌ، فلهما ذلك، وأن يهدماه إن اتفقا[٢] على ذلك، فإن أبى أحدهما لم يُجبَر على قسمته، فإن أخرجهما صاحب الأرض هَدَمَاه؛ وذلك لأنّ البناء لو قسم كان لكلّ واحدٍ من المتقاسمين منع الآخر من بقية ما أصابه، ألا ترى أنّ الأرض مستعارةٌ لهما أو مستأجرةٌ، وكلّ جزءٍ منها حقّهما، ولأحدهما[٣] أن يمنع الآخر من الانفراد بها، فصارت القسمة تؤدي [إلى] نقض البناء، وذلك ضررٌ على الشريكين، فلا يجوز إلا بتراضيهما[٤].

فأمّا إذا أخرجهما صاحب الأرض، فالنقض واجبٌ، وذلك لأنه ملكٌ مشترك يمكن فيه القسمة، فوجب أن يقسم.

وقال أبو حنيفة: إذا اجتمع صاحبا الحائط على قِسْمَتِه قَسَمْتُه، وكذلك

(١) انظر: الأصل ٣/٢٧٥.
(٢) في ب (اجتمعا).
(٣) في ب (ولكل واحدٍ منهما).
(٤) انظر: المصدر السابق ١/٢٧٥.



الحمّام ؛ لأنّ هذه القسمة فيها ضررٌ عليهما ، ولهما فيها منفعةٌ ، ألا ترىٰ أنّ كلّ واحدٍ منهما يجوز أن يتّخذ من نصيبه من الحمّام بيتًا ، وإذا كان لهما [فيه] ضربٌ من المنفعة ، جاز أن يقسم[1] .

فأمّا الحائط فيجب أن يكون محمولاً علىٰ أنّهما اقتسماه ، فأخذ هذا طائفةً منه ، والآخر مثلها ، فيجوز كالحمّام ، وأمّا إذا أراد نقضه وقسمة آلته ، فيجب أن لا يتولىٰ الحاكم [ذلك] ، ويتركهما وما اختارا ؛ لما فيه من الإتلاف بالنقض .

قال أبو حنيفة[2] : إذا كان طريقٌ بين قومٍ ، إذا اقتسموه كان لكلّ قومٍ طريقٌ نافذٌ ، فإنّي أقسم ذلك بينهم إذا طلب واحدٌ منهم وإن أبىٰ الآخر ، وإن كان بعضهم لا يجد طريقًا ، لم أقسم ذلك بينهم إلا أن يتراضوا ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم إذا أصابه ما يمكن الاستطراق فيه ، فهذا ملكٌ مشترك لا ضرر في قسمته ، فإن كان لا يصيبه ما يستطرق فيه ، فالقسمة فيها ضررٌ ، فلا يجوز إلا بالتراضي كالحمّام .

قال : وإن كان طريقٌ بين رجلين لو اقتسماه لم يكن لواحدٍ[3] منهما فيه ممرٌّ ، وكلّ واحدٍ منهما يقدر أن يفتح من منزله بابًا ويجعل طريقه من وجهٍ آخر ، فأراد أحدهما قسمته ، وأبىٰ الآخر ، فإنّي أقسم بينهما [٤٣٩/أ] ؛ وذلك لأن الضرر في الطريق إنما هو لبطلان الاستطراق ، فإذا أمكن كلّ واحد منهما أن يستطرق من جهةٍ أخرىٰ ، ولم يستضرّ بقسمته هذا الطريق ، فوجب أن يقسم .

قال : وإذا كان مسيل ماءٍ بين رجلين ، فأراد أحدهما قسمته وأبىٰ الآخر ، فإن كان له موضعٌ يسيل فيه [ماؤه] سوىٰ هذا ، قسمته بينهما ، وإن لم يكن له

---

(١) انظر : الأصل ، ٣/٣٢٥ ، ٣٢٦ .
(٢) في ب (أبو يوسف) .
(٣) في ب (لكل واحدٍ) .

موضعٌ إلا بضررٍ لم أقسمه، وهذا على ما بيّناه في الطريق.

قال: وإن كان زرعٌ بين رجلين في أرضٍ، [والأرض] لغيرهم، وأرادا قسمة الزرع دون الأرض، وقد بلغ [وسَنْبَلَ][1]، لم أقسمه حتى يحصد، فأقسمه بالكيل؛ لأنّه إذا بلغ دَخَله الربا، فالقسمة [فيها يدخله][2] الربا لا تجوز مجازفةً، وقِسْمته قبل الحصاد مجازفةً فيه رباً، فلم يجز.

وإن كان الزرع بقلاً لم أقسمه؛ لأنّه إذا قسم من غير قطعٍ، فلكلّ واحدٍ منهما منع الآخر [من] تبقية ما أصابه من الزرع لشريكه في موضعه، فصار في القسمة ضررٌ على الشريكين، وإن قطعه القاضي ثم قسمه، ففي قطعه ضررٌ عليهما؛ وذلك لا يجوز إلا بالتراضي.

(قال: وكذلك الزرع بين رجلين في أرضٍ)[3] لغيرهما؛ لأنّهما إمّا أن يكونا استأجرا، أو استعارا، [وأيّهما كان] فإذا قسم الزرع فلكلّ واحدٍ منهما منع الآخر من تبقية نصيبه، فيدخل عليهما الضرر.

قال: وكذلك طَلعٌ بين قوم أرادوا قسمة الطلع دون النخل ودون الأرض، فإن اقتسموه وشرطوا تَرْكه، فإن ذلك فاسدٌ، وإن اقتسموا على أن يقطع كلّ واحدٍ منهما ما أصابه، فهو جائزٌ؛ لأنّهما إذا شرطا التبقية، فقد شرط كلّ واحدٍ منهما في القسمة الانتفاع بملك شريكه، وذلك لا يجوز، وإن شرطا القطع، فقد رضيا بإدخال الضرر عليهما، فيجوز.

---

(١) في أ (وسمن)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) في أ (فيها) والمثبت من ب.

(٣) بدل ما بين القوسين في ب (لأنّ الأرض إذا كانت).



قال: وإن استأذن رجلٌ[1] منهم أصحابه بعد القسمة في ترك ما أصابه، فأذنوا له في ذلك، فأدرك وبلغ، فإن الفضل له طيّبٌ؛ وذلك لأنّه لمّا حصل بإذنهم، فقد حصل له النماء من غير وجهٍ محظورٍ، فيطيب، وإن تركه بغير إذنهم تصدّق بالفضل؛ لأنّه حصل له من وجهٍ محظورٍ.

قال: وإن كان ثوبٌ بين رجلين، أراد أحدهما قسمته وأن يشقّ نصيبه منه وأبىٰ الآخر، لم أجبره علىٰ ذلك، ولم أقسمه بينهما، وكذلك السيف والخاتم والإناء الفضة والذهب[2]، والشَّبَه[3] والصُّفْر[4]؛ وذلك لأنّ القسمة لا تمكن إلا بإتلاف جزءٍ منه بالقطع، فلا يجوز للحاكم أن يتولّىٰ ذلك، وإن تراضيا فإنّما يتولّيان ذلك بأنفسهما[5].

قال: وإن أوصىٰ رجلٌ بصوفٍ علىٰ ظهر غنمٍ بين رجلين، فأرادا قسمة ذلك قبل أن يجزّ، لم يقسم، وكذلك اللبن في ضروعها، وأولادها[6] في بطونها؛ لأنّ الصوف واللبن يدخلهما الربا، فلا يجوز القسمة فيهما إلا بكيلٍ أو وزنٍ، وذلك لا يمكن مع اتصاله بالأصل، فأمّا الأولاد، فلا يمكن التعديل فيهم قبل الانفصال، والقسمة موضوعةٌ للتعديل.

قال: فإن كان ساجةً[7]، أو خشبةً، أو بابًا، أو رحًا، أو دابّةً، أو بعيراً بين

---

(١) في ب (كل واحدٍ منهم).

(٢) في ب (فضة كان أو ذهباً).

(٣) (الشبه: النحاس الأصفر). القاموس المحيط (شبه)

(٤) (الصُّفر: بالضم، من النحاس، وصانعه الصفار). القاموس المحيط (صفر)

(٥) انظر: الأصل ٣٠٧/٣.

(٦) في ب (والأولاد).

(٧) (الساج ـ بتخفيف الجيم ـ نوعٌ من الخشب، وهو من أجوده، والواحدة منه ساجةٌ، وجمعه السيجان). تهذيب الأسماء واللغات للنووي (١٥٠/٣)، دار الفكر، ط ١٩٩٦م

رجلين ، فأراد أحدهما قسمته وأبىٰ الآخر ، فإن هذا لا يقسم ، وكذلك اللؤلؤة والياقوتة والفصّ بين اثنين ؛ لأنّ القسمة في هذا لا يمكن إلا بالقطع ، وفي ذلك ضررٌ عليهما ، فلا يجوز .

[قال: وإن كان لؤلؤًا أو ياقوتاً قسمته ؛ لأنّ التعديل في ذلك ممكنٌ من غير ضررٍ] .

قال: وإن كان رحلٌ[1] بين رجلين ، أو جوالق ، أو بساطٌ ، أو شقّ محمل ، فإنّي لا أقسمه ؛ لما في ذلك من الضرر عليهما جميعًا[2] .

فإن كانت جُبْنَةٌ[3] بين رجلين ، فأراد أحدهما قسمتها وأبىٰ الآخر ، فإن كان في قطعها ضررٌ [علىٰ أحدهما لم أقسمها ، وإن لم يكن ضررٌ قسمتها ، وإن كان جبناً كثيراً قسمته بينهما ، وكذلك المصل والبيض والجوز ، وإن أبىٰ بعضهم ذلك ، وكذلك الثياب المَرَويّة والهَرَويّة والإبل والبقر والغنم والخيل والحمير ، أمّا الجبنة الواحدة فإن كان في قطعها ضررٌ] ، فهي كالثوب الواحد ، وإن كان جبنًا كثيرًا فالتعديل يمكن من غير ضررٍ .

قال: وكذلك نُقْرَة[4] فضةٍ أو ذهبٍ ، وكلّ ما يوزن من القطن[5] والأدهان ؛ لما بيّنا .

وكذلك علوٌ بين رجلين ، يصيب كلّ واحدٍ منهما ما ينتفع به ، والسفل

---

(١) في ب (حبل) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) «الجُبْنَة: القرص من الجُبْن» . المغرب (جبن) .

(٤) «والنُّقْرَةُ: القطعة المذابة من الفضة ، وقبل الذوب: هي تبر» . المصباح (نقر) .

(٥) في ب (العطر) .



لغيرهما ، وكذلك سفلٌ بين رجلين علوه لغيرهما ؛ لأنّ القسمة ممكنةٌ في العلو كما يمكن في السفل ، فجازت في[1] كلّ واحدٍ منهما .

وكذلك اللحم بين رجلين ، والزيت ، والسمن ، والخلّ ، والأشربة ، والماء [في الإناء] ؛ لأنّ التعديل في جميع ذلك ممكنٌ .

قال: فإن كانت بئرٌ بين رجلين[2] ، أو عينٌ ، أو قناةٌ ، أو نهرٌ ، وليس لهم معه أرضٌ ، فإن أراد[3] أحدهما القسمة وأبىٰ الآخر ، فإنّي لا أقسم ذلك بينهما ؛ لأنّ القسمة في البئر والنهر تبطل المقصود لهما ، وتدخل الضرر علىٰ كلّ واحدٍ من الشريكين ، فلم يجز .

قال: فإن كان مع ذلك أرضٌ ليس لها شِرْب إلا من ذلك ، قسمت الأرض بينهما وإن أبىٰ أحدهما[4] ، وتركت القناة والنهر والبئر والعين لكلّ واحدٍ [منهما] شربه منها ؛ لأنّ الأرض يمكن قسمتها بغير ضررٍ ، والبئر والنهر لا يمكن ذلك فيهما ، فتركا علىٰ الشركة .

قال: فإن كان كلّ واحدٍ منهما يقدر أن يجعل [لأرضه][5] شربًا من مكان الآخر ، وكانت أنهار الأرضين متفرقةً ، أو عيونًا متفرقةً ، [أو آباراً][6] ، قسمت ذلك كلّه بينهما ، العيون والآبار والأرضين ؛ لأنّه يمكن أن يفرد كلّ واحدٍ ببئر

(١) في أ (في إناء) .
(٢) في ب (اثنين) .
(٣) في ب (فأراد) .
(٤) في ب (أحد منهما) .
(٥) في أ (الأرض) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .
(٦) في أ (إذا كان) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .



ماءٍ[1] أو نهرٍ، فلا يؤدي ذلك إلىٰ إلحاق الضرر.

قال: وإذا كان سرجٌ، أو درع حديدٍ، أو مصحفٌ، أو فرسٌ، أو قميصٌ، أو جبَّةٌ، أو طيلسان، أو فراشٌ، أو وسادةٌ[2]، أو بساطٌ، أو فسطاطٌ بين رجلين، أراد أحدهما قسمته وأبىٰ الآخر، فإنّي لا أقسمه؛ لأنّ القسمة فيها ضررٌ علىٰ المتقاسمين جميعًا، فلا يجوز للحاكم أن يفعلها بطلب أحدهما.

وقال أبو حنيفة: لا أجبر واحدًا منهما علىٰ أن يبيع نصيبه من شيءٍ ممّا سمّينا، فإن أراد أحدهما البيع وأبىٰ الآخر، فإنّه لا يجبر علىٰ البيع، ويقال للآخر: بعْ نصيبك إن شئت أو دَعْ.

وقال مالكٌ فيما لا يمكن قسمته: إذا اختصم[3] فيه الشريكان باعه الحاكم وقسم ثمنه بينهما.

[وهذا فاسدٌ]؛ لأنّ البيع من غير رضًا حَجْرٌ، وليس من أصلنا الحجر علىٰ البائع العاقل الحرّ؛ ولأنّ في البيع إزالة ملك المالك بغير رضاه، وذلك غير مستحَقّ بالشركة؛ بدلالة ما يمكن فيه القسمة؛ ولأنّ كلّ واحدٍ منهما [يقدر] علىٰ بيع نصيبه علىٰ الانفراد، وإنّما يستضرّ؛ لأنّ الثمن يقلّ لأجل الشركة، ومَن لم يملك إلا نصيبًا مشتركًا لا يجوز أن يجبر الآخر علىٰ البيع [لينتفع من][4] نصيب شريكه[5]. [والله أعلم].

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) (أو وسادة) سقطت من ب.
(٣) في ب (اختلف).
(٤) ما بين المعقوفين سقطت من ب، وصورتها في أ غير واضحة، وهي أقرب ما تكون لما أُثبت، والسياق يقتضيه.
(٥) انظر: الأصل، ٣/٣٢٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٤٦٧.




بَابُ
الدارِ فيها الطريقُ لغير أهلها

قال أبو حنيفة: إذا كانتِ الدارُ بينَ رجلينِ فأرادَا قِسْمتها وفيها طريقٌ لغيرها، فأراد صاحب الطريق أن [٤٤٠/ب] يمنعهما من القسمة، فليس له ذلك، ويُتْرَك الطريق عَرْضُه عَرْضَ [باب][١] الدار [الأعظم][٢] وطوله من باب الدار [إلىٰ باب] الذي له الطريق، ويُقْسَم بقية الدار [بين الرجلين] علىٰ حقوقهما، ويُتْرَك هذا الطريق بينهما نصفين، ولصاحب الطريق ممرّه في ذلك، وليس له قسمة هذا الطريق إذا أسخط ذلك بعضهم إلا أن يتراضوا جميعًا، وإنّما لم يكن لصاحب الطريق منع القسمة؛ لأنّه لا حقّ له إلا في مقدار ما يجتاز فيه، وما سوىٰ ذلك لهما[٣] لا حقّ له [فيه]، فيجوز قسمته[٤].

و[قد] قالوا في الساحة: إذا كان فيها طريقٌ لغير أهلها، فأرادوا أن يبنوا فيها، فليس لصاحب الطريق منعهم من البناء، ولكن يُترَك مقدار ما يجتاز فيه، ويقال لهم: ابنوا الباقي، وكذلك هذا[٥].

[وكان ما][٦] بقي [من] الطريق بين الشريكين نصفين؛ لأنّ ملك البقعة

---

(١) في أ (ثلث)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.
(٢) في أ (إلا عرضه)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٣) في ب (ملكهما).
(٤) انظر: الأصل ٣/٣٣٢.
(٥) في ب (هاهنا).
(٦) في أ (وإنما)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

كان نصفين، ولصاحب الطريق حقّ الاجتياز، فإذا بقي ذلك لم يقسم، وبقي على ما كان عليه.

وإنّما جعل عَرْضُ الطريق على عَرْضِ باب الدار؛ لأنّه يحتاج إليه للاجتياز من الباب، فما زاد على عرض الباب لا تدعو الحاجة إليه[١].

والذي روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «**اذرعوا سبعة أذرع للطريق، فابنوا ما سوى ذلك**»[٢]، فإنّما قاله في الأرض [المحياة][٣] ترفع [فيها] الطريق للمارة، فيرفع لهم ما يحتاجون إليه حتى لا يضرّ بمحيي الأرض، وأمّا في مسألتنا، فالحاجة تدعو إلى الاجتياز، وذلك مقدار الباب.

وأمّا قوله: إنّ هذا الطريق لا يقسم [إلا] بالتراضي؛ فلأنّ في قسمته ضررًا، وهو إسقاط حقّ [الاستطراق][٤]، ولا يجوز إلا برضا صاحب الطريق.

قال: فإن باعوا هذه الدار وهذه الطريق برضاهم جميعًا، اقتسموا الثمن، فيضرب فيه صاحب الأصل[٥] بثلثي الثمن[٦]، ويضرب فيه صاحب الممر بالثلث، وكذلك إن كان في الدار مسيل ماء[٧]، وهذا محمولٌ على أنّ صاحب

---

(١) انظر: الأصل ٣/٣٣٣.

(٢) رواه البخاري (٢٣٤١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في أ (المجتازة)، والمثبت من ب، وهو المناسب لما في آخر العبارة (بمحي الأرض).

(٤) في أ (الطريق) والمثبت من ب.

(٥) في الأصل: (يضرب فيها أصحاب الأصل بثلثي الطريق)، ٣/٣٣٢.

(٦) في ب (الطريق).

(٧) أي: مسيل ماء «لرجل، فأراد أصحاب الدار قسمتها، ومنعهم صاحب المسيل القسمة، فليس له ذلك، وتيرك له مسيله، ويقسمون ما بقي من الدار بينهم على حقوقهم». كما في الأصل ٣/٣٣٢.

الاجتياز له [ملكٌ][1] في نفس البقعة، فيساوي الشريكين فيها، فكانت بينهم أثلاثًا، فيقسم الثمن علىٰ ذلك.

وأمّا إذا كان ملك البقعة للشريكين، وللآخر حق الاجتياز، فباعاها بإذنه، فكان أبو الحسن يقول: الثمن لهما، وقد سقط حقّ صاحب الاجتياز؛ لأنّه حقٌّ لا يجوز أخذ العوض عليه، ألا ترىٰ أنّ بيع الطريق لا يصحّ، فلمّا أذن لهما في البيع أسقط الحقّ الثابت له، ولا عوض، فسقط حقّه بغير شيءٍ.

وقد روي عن محمدٍ أنّه قال: يضرب كلّ واحدٍ منهما بحقّه من البقعة، ويضربُ صاحبُ الطريق بحقّ الاستطراق؛ لأنّ الحقّ متعلّقٌ بالبقعة علىٰ وجه التأبيد، فصار [كملك][2] جزءٍ منها، ومعنىٰ هذا أنّ الأرض التي لا طريق فيها لها قيمةٌ، فإذا كان فيها طريقٌ لغير أهلها نقصت قيمتها، فيضرب صاحبُ الطريق بفضل القيمة [بين][3] الأرض إذا لم يكن فيها طريقٌ، وبينها إذا كان فيها طريقٌ، ويضرب كلّ واحدٍ من الشريكين بنصف قيمة البقعة إذا كان فيها طريقٌ، ويقتسمون علىٰ ذلك.

قال: وإذا كانت الدار فيها طريقٌ لرجلٍ، وفيها طريقٌ لآخر من [ناحيةٍ][4] أخرىٰ، فليسَ لهما [أيضاً] أن يمنعا القسمة، ويعزل لهما طريقٌ واحدٌ عرضه عرض باب الدار إلىٰ باب كلّ واحدٍ منهما، ويقسم باقي الدار بين أهلها؛ وذلك لأنّ صاحب الطريق لا يتعلّق حقّهُ بكلّ البقعة، وإنّما يتعلق بقدر ما يستطرق فيه،

(١) في أ (ذلك)، والمثبت من ب، السياق يقتضيه.
(٢) في أ (كل)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.
(٣) في أ (من)، والمثبت من ب.
(٤) في أ (ساحة) والمثبت من ب.

ويمكن أن يستطرقا بقعةً واحدةً إلىٰ حيث يختلف أبوابها، ثم ينفرد كلّ واحدٍ منهما بطريقٍ، فلم يجز أن يجعَل لكلّ واحدٍ منهما طريقًا مفردًا؛ لِمَا في ذلك من الضرر بصاحب الدار، فيجعل لهما طريقًا واحدًا، ويقسم باقي الدار.

قال: ولو كان لرجل صُفّةٌ[1] في دارٍ، وطريقٌ إلىٰ باب الدار، وما بقي بين الورثة، فأرادوا قسمتها، كان لهم ذلك، ورفع الطريق قدر عرض باب الدار إلىٰ باب الصُّفَّة، وتكون ما بقي من الدار بعد الصفة والطريق يقسم بين أهل الدار علىٰ المواريث.

فإن كان باب الصفة أعرض من باب الدار، فأراد صاحب الطريق أن يكون عرض الطريق عرض باب الصفة، فليس له ذلك، ولكن الطريق عرضه عرض باب الدار؛ لأن الطريق إذا كان أعرض من باب الدار، لم يمكن أن يجتاز فيه ما يزيد عرضه علىٰ عرض الباب، فلا فائدة في الزيادة.

فإن أراد صاحب هذا المنزل أن يفتح في هذا الطريق بابًا آخر[2]، كان له ذلك، وليس يستحق ببابين وثلاثة من الطريق إلا ما يستحق بواحدٍ؛ وذلك لأنّ فتحه الباب في حائطه إلىٰ الطريق ليس بأكثر من رفع حائطه، ولو رفع حائطه جاز، فكذلك إذا فتح فيه بابًا.

قال: ولو كان هذا المنزل بين رجلين قسماه بينهما، وجعل كلّ واحدٍ منهما طريقًا علىٰ حدةٍ في هذا الطريق، كان جائزًا، وكان ذلك لهما، ولا يمنعهما [من] ذلك أهل الطريق؛ لما بيّنا أنّ فتح الباب تصرّفٌ في حائطه علىٰ ملكه، واستطراقهما

---

(١) «الصُّفَّة من البيت، جمعها صُفَفٌ»، والمقصود بها هنا: المكان المظَلَّل. انظر: المصباح (صفف).

(٢) هنا في أ فقط زيادة (ثلاثًا)، والسياق يدل أنها زائدة.

من بابين كاستطراقهما من بابٍ واحدٍ.

قال: ولو كان صاحب المنزل واحداً، واشترىٰ دارًا من وراء هذا المنزل، وفتحها إلىٰ هذا المنزل وهذا الطريق، فإن أبا حنيفة قال: إن كان ساكن الدار والمنزل واحدًا، فله أن يمر في الدار وفي المنزل وفي الطريق الموضوعة[1] بينهما، وإن كان للدار ساكنٌ وللمنزل ساكنٌ، فليس [لصاحب] الدار أن يمرّ في الطريق؛ وذلك لأنّ الساكن إذا كان واحدًا فهو يستطرق من الدار إلىٰ المنزل، وليس لأهل الطريقَ منع ذلك، ثم يستطرق من المنزل إلىٰ الطريق كما كان يستطرق قبل فتح الدار.

وإذا كان [الساكن] في الدار آخر، فليس له الاستطراق إلىٰ المنزل، وإنّما هو يستطرق من الدار إلىٰ الطريق، ولا حقّ لتلك الدار في هذا الطريق.

قال: ولو اختصم أهل الطريق في الطريق، وادّعىٰ كلّ واحدٍ منهم أنّه له، فإنّ أبا حنيفة قال: هو بينهم[2] بالسوية، ولا يُجعَل [بينهم] علىٰ قدر ما في أيديهم من ذرع الدار والمنزل؛ لأنّهم تساووا في التصرف فيه بالاستطراق، فتساووا في استحقاقهِ؛ ولأنّ الاستطراق من الذرع الكثير كالاستطراق من الذرع اليسير؛ فلهذا جوّزنا لصاحب المنزل أن يفتح إليه [بابًا][3] ويستطرق منه؛ لأنّه لا يزيد حقّه في الطريق، وإن استطرق من ذرعٍ كثير.

وقالوا: إذا اختلف الساكنان في الدار [والمنزل]، لم يجز؛ لأنّهما إذا

(١) في ب (المرفوع).

(٢) هنا في أ فقط زيادة (ثلاثاً) والسياق يدل علىٰ أنها زائدة.

(٣) في أ (دارًا) والمثبت من ب.

استطرقا استحقّ كلّ واحدٍ منهما حقًا من الطريق بتصرفه، فأضرّ ذلك بأهل الطريق.

قال: ولو عُرِف أصل[1] الطريق كيف كان بينهم، جعلته على ذلك؛ لأنّ الحكم بالتساوي في التصرف بالظاهر، فإذا عرف باطن الملك بخلاف الظاهر، وجب أن يُحكَم به.

قال: فإن كانت الدار لرجلٍ واحدٍ فيها طريقٌ لآخر، فمات صاحب الدار، فورثها ورثته فاقتسموا [الدار] بينهم، ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم، ثم باعوه وأرادوا قسمة ثمنه، فلصاحب الطريق نصفه، وللورثة نصفه. [٤٤١/أ]

وإن لم يُعرَف أنّ الدار كانت بينهم ميراثًا، وجحدوا ذلك، فإنّ الطريق بينهم على قدر أرباب الأنصباء، وإن كانوا أربعة وصاحب الطريق واحداً، فهو بينهم أخماساً؛ وذلك لأنّهم إذا[2] ورثوا الدار من واحدٍ، فالورثة تقوم مقامه في الاستحقاق، فكأنّه حضر وخاصم صاحب الطريق، فيضرب له بسهمٍ (ولصاحب الطريق بسهمٍ)[3]، وتستحقّ الورثة ما كان للميت من ذلك.

وأما إذا لم يُعلم أنّها ميراث، فلكلّ واحدٍ منهم قد ثبت له حقّ الاستطراق كما يثبت للآخر، والتساوي في التصرف يوجب التساوي في الاستحقاق.

قال: فإذا قسم القوم دارًا فيها كنيف شارع على الطريق العظمى أو ظُلَّةٌ على الطريق العظمى، فليس يحتسب ذرع[4] الظُلّة ولا الكنيف من ذرع الدار، ولو كان ذلك على طريق غير نافذٍ كان ذرعه يحتسب من ذرع الدار؛ وذلك لأنّ

---

(١) في ب (أهل).
(٢) في ب (لما).
(٣) فيما بين القوسين سقطت من ب.
(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

الكنيف والظّلة إذا كانت على الطريق، فوضعها ليس بحقٍّ ثابتٍ، ألا ترى أنّ عند أبي حنيفة: لكلّ واحدٍ من المسلمين الخصومة في إزالتها، وعند أبي يوسف ومحمدٍ: وإن لم يكن لهم الخصومة إذا لم يضر فلا ملك لصاحبها في البقعة، فلم يكن لصاحب الدار فيها حقٌّ إلا بالقبض(1)، فوجب أن يحتسب بقيمة ذلك في القسمة دون الذرع.

وأمّا إذا كانت على طريقٍ غير نافذٍ، فهي موضوعة لحقٍّ واجبٍ؛ بدلالة أنّه ليس لأحد قلعها، فصارت كعلو الدار، فتحسب بذرعها.

وقد قال أبو حنيفة: إنّه يحسب في القسمة كلّ ذراعٍ من السفل الذي لا علو له [بذراعين](2) من العلو الذي لا سفل له.

وقال أبو يوسف: كلّ ذراعٍ من السفل بذراعٍ من العلو(3).

وقال محمدٌ: يقسم على القيمة دون الذرع.

وأصحابنا يقولون: إنّما أوجب(4) أبو حنيفة على العادة التي عرفها بالكوفة من اختيارهم السفل على العلو، وأجاب محمدٌ على حكم سائر البلاد.

لأبي حنيفة: أنّ السفل له منفعتان: منفعة السكنى و[منفعة] البناء، والعلو له منفعةٌ واحدةٌ، وهو السكنى دون البناء؛ لأنّ من أصله أنّ صاحب العلو لا يبنى

---

(1) في ب (النقض).

(2) في أ (بذراع)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق؛ إذ لو كانت العبارة (بذراع)، لكان موافقاً لقول أبي يوسف بعد، ولما فصل عنه. انظر: الأصل، ٣/٢٧٨.

(3) ذكر في الأصل بطريقة أخرى: «وقال أبو يوسف: يحسب العلو بالنصف، والسفل بالنصف، يُنظر كم جملة ذراع كل واحد منهما، فيطرح النصف من ذلك». ٣/٢٧٨.

(4) في ب (أجاب).

إلا برضا صاحبِ السفل؛ ولذلك جعل الذراع من السفل بذراعين من العلو، حتىٰ يكون منفعتان بإزاء منفعتين.

وأمّا أبو يوسف فيقول: إنّ صاحب العلو يسكن ويبني، وصاحب السفل يسكن ويبني، فتساويا في الانتفاع، وكذلك في ذرع القسمة.

فأمّا محمد فقال: إنّ من البلاد ما يفضل العلو علىٰ السفل، كمكة وما والاها، ومنها ما يفضل السفل علىٰ العلو كبغداد والكوفة، فوجب أن يعتبر في كلّ واحدٍ منهما بالعادة فيه.

والعمل في هذه المسألة علىٰ قول محمدٍ؛ لاختلاف حال البلاد في ذلك، فعلىٰ هذا قال أبو حنيفة: إذا ذرعت مائة ذراعٍ من السفل [الذي] له العلو، ومائة ذراع من السفل الذي لا علو له، حسبتها بستةٍ وستين ذراعًا وثلثين؛ لأنّ العلو عنده بنصف السفل، فسقط من ذرع السفل المنفرد الثلث، ثم يذرع العلو الذي لا سفل له، فإذا كان مائة ذراعٍ حسبته بثلاثةٍ وثلاثين وثلث؛ لأنّ العلو المنفرد له منفعةٌ واحدةٌ، والسفل مع علوه ثلاث منافع، فجعل هذا علىٰ الثلث من ذلك.

وقال أبو يوسف: إذا ذرعت مائة ذراع من السفل الذي لا علو له، جعلتها خمسين ذراعًا من السفل والعلو، فكذلك العلو المنفرد.

قال ابن الوليد: وكنت أنظر إلىٰ المواضع التي [يتفاضل فيها السفل والعلو] (١)، فأقوّمه علىٰ قدر ذلك، وقد رأيت أصحابنا يستحسنون ذلك، وهذا علىٰ قول محمدٍ (٢).

---

(١) في أ (التي تتفاضل فيها السفل وتتفاضل فيها العلو)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في العبارة، لأنّ المسألة في التفاضل بين السفل والعلو، لا في تفاضل السفل بعضه علىٰ بعض.

(٢) انظر: الأصل، ٣٣١/٣ وما بعدها.

بَابُ
دعوى الغلطِ في القسمةِ

قال محمدٌ: وإذا اقتسم القوم دارًا، وقبض كلّ واحدٍ منهم حقّه من ذلك (١)، ثم ادّعىٰ أحدهم غلطًا، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك: لا تعاد القسمة، ولكنّه يسأل البيّنة علىٰ الغلط، فإن أقام البيّنة علىٰ ذلك، أعدت القسمة فيما بينهم حتىٰ يستوفي كلّ ذي حقٍّ حقّه؛ وذلك لأن مدّعي الغلط يدّعي حقّ الفسخ في عقدٍ قد عقده، فلا يُلتفَت إلىٰ دعواه إلا ببيّنةٍ، كما لو ادّعىٰ المشتري غِشًّا (٢) في المبيع، فإذا ثبت الغلط في القسمة بالبيّنة، استؤنفت القسمة؛ لأنّها للتعديل، وقد تبيّنا أنّ القاضي لم يعدل، فوجب أن يستأنفها علىٰ العدل، فإن لم تقم بيّنةٌ فأراد المدّعي للغلط استحلاف [الباقين] (٣) فله ذلك؛ لأنّه يدّعي حقّ الفسخ عليهم، فهو كما لو ادّعىٰ الخيار، فمن حلف منهم لم يكن عليه سبيلٌ؛ لأنّ اليمين تقطع الخصومة، فإن نكل الآخر نظرت إلىٰ حصة الذي نكل، (وقضيت للذي) (٤) ادّعىٰ الغلط، فقسمت بينهما علىٰ قدر أنصبائهما؛ وذلك لأنّ الناكل كالمعترف بما ادُّعي عليه، واعترافه يلزمه في نفسه، ولا يلزم بقيّة الشركاء، فوجب أن يُعامَل في حقّ نفسه بما يُعامَل به لو لم يكن غيره، فيجمع نصيبه إلىٰ نصيب المدّعي، ويقتسمان علىٰ قدر حقّهما في الأصل.

---

(١) في ب (منها).

(٢) في ب (عيباً).

(٣) في أ (الناس)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٤) في ب (ونصيب الذي).

قال (١): وإن ادّعىٰ أحدهما الغلط بعد القسمة والقبض، فهو مثل ذلك، ولا يعاد ذرعٌ ولا مساحةٌ ولا كيلٌ ولا وزنٌ، يعني: إذا لم تقم البيّنة ؛ لأنّ العقد قد تمّ بالتقابض، فلا يلتفت إلىٰ دعوىٰ الفسخ بغير بيّنة.

قال: وإذا قسم الرجلان دارين، فأخذ أحدهما دارًا والآخر دارًا، ثم ادّعىٰ أحدهما غلطًا وأقام البيّنة (٢)، فإنّه يُقضىٰ له بذلك الذرع، ولا تعاد القسمة، وليس هذا كالدار الواحدة.

وأما في قياس قول أبي حنيفة: فالقسمة فاسدةٌ، و[الداران] (٣) بينهما نصفان، وهذا فرعٌ علىٰ اختلافهم في بيع أذرعٍ من دارٍ.

قال أبو حنيفة: لا يصحّ، وقالا (٤): يصحّ.

فعلىٰ أصل أبي حنيفة: لو لم تنتقض القسمة لرجع بأذرعٍ من الدار الأخرىٰ، وتمليك ذراعٍ من دارٍ عنده لا يجوز ؛ ولأنّ الدارين لا يقسم بعضها في بعضٍ عنده إلا بالتراضي، فقسمتها في معنىٰ البيع، والبيع علىٰ هذا الوجه لا يصحّ.

فأمّا علىٰ قولهما: فهذه القسمة فيها معنىٰ البيع ؛ بدلالة أنّ القاضي لا يقسمها إلا إذا كان ذلك أصلح (٥) للشركاء، فلم يكن قسمةً محضةً، وإذا صارت في معنىٰ البيع، لم ينقض بالغلط، فوجب استيفاء الزيادة من الدار الأخرىٰ، وذلك (عندهما لا يفسد البيع ؛ لأنّ بيع الذراع من الدار جائزٌ، فكذلك القسمة،

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (وجاء بالبينة).

(٣) في أ (الدار)، والمثبت من ب، وهو المناسب ؛ فالكلام عن قسمة دارين لا داراً واحدة.

(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).

(٥) في ب (صلح).

وليس هذا عندهما كالدار الواحدة)[1]؛ لأنّ الغلط في الذرع إذا [بان][2] فيها وجب الرجوع بأذرعٍ من إحدىٰ الحصتين[3]، فتبقىٰ الشركة بحالها، وليس فيها معنىٰ البيع، فوجب أن ينقض فيستأنف علىٰ الوجه الجائز.

قال: وإذا اقتسم الرجلان أقرحةً[4]، فأصاب أحدهما قراحان، وأصاب الآخر أربعة أقرحةٍ، ثم ادّعىٰ صاحب القراحين أحد الأقرحة [٤٤١/ب] التي في يد صاحب الأربعة، وأقام البيّنة أنّه أصابه في قسمته، فإنهُ يُقضَىٰ له بذلك؛ لأنه يدعي أنّه لم يستوف ما أصابه بالقسمة، فوجب أن يُقضَىٰ له بتسليم ما أصابه.

قال: وإذا اقتسم رجلان عشرة أثواب، فأخذ أحدهما أربعةً، والآخر ستةً، فادّعىٰ صاحب الأربعة ثوبًا بعينه أصابه من القسمة، وأقام علىٰ ذلك بيّنةً، فإنّه يُقضىٰ له به علىٰ ما قدّمنا، فإن لم يكن[5] له بيّنةٌ، كان له أن يستحلف الذي في يده الثوب؛ وذلك لأنّه يدّعي حقًا في يده.

قال: فإن أقام البيّنة كلّ واحدٍ منهما بقسمتهما[6] علىٰ هذا الثوب أنّه أصابه، [فإنّه] يُقضىٰ به لصاحب الأربعة؛ وذلك لأنّه خارجٌ، فبيّنته أولىٰ من بيّنة صاحب اليد.

قال: وإذا اقتسم رجلان مائة شاة، فأصاب أحدهما خمسٌ وخمسون،

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في أ (زال)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٣) في ب (الخصمين).
(٤) الأقرِحة جمع القَرَاح والقَريح، الأرض التي لا ماء بها ولا شجر، أو المُخَلّصة للزرع والغرس. انظر: القاموس المحيط (قرح).
(٥) في ب (تقم).
(٦) في ب (يقيمها).



وأصاب الآخر خمسٌ وأربعون، ثم ادّعىٰ صاحب الأوكس أنه غلط في القسمة، وقال: أخطأنا في تقويمها، فإنّه لا تعاد القسمة، ولا تُقبَل منه في ذلك بيّنةٌ، فإن قال: أخطأنا في العدّ، فأصاب كلّ واحدٍ منا خمسون شاةً، وهذه الخمس كانت منّا غلطًا، وقال الآخر: قد اقتسمنا علىٰ هذا، وليس بينهما بيّنةٌ، والغنم قائمةٌ بعينها، [فإنّهما] يتحالفان ويترادّان، فإن أقام كلّ واحدٍ منهما بيّنةً علىٰ ذلك، رددت القسمة.

قال: وجملة هذا: أنّ المدّعي للغلط في القيمة لا يلتفت إلىٰ دعواه، ولا تسمع بيّنته[1]؛ لأنّه قد تمّ العقد، ثم ادّعىٰ فساده، فلا يُقبَل منه[2]؛ ولأنّ القيمة تختلف بحسب الاجتهاد والأوقات، فإذا مضت القسمة عليها لم تُقبَل البيّنة بعد ذلك؛ لجواز أن تكون القيمة اختلفت؛ ولأنّ الشهود بالقيمة يشهدون علىٰ فعل أنفسهم، ولا يثبتون بالشهادة حقًا علىٰ غيرهم، فلا تُقبَل شهادتهم.

وليس هذا كالشهادة بزيادة القيمة في الغصب؛ لأنّ الشهود يثبتون حقًا في ذمّة الغاصب؛ فلذلك قُبلَت شهادتهم.

وأمّا إذا ادّعىٰ مدّعي الغلط: أنّه قد استوفىٰ حقّه من [القيمة][3]، ثم أخذ[4] شريكه بعض حقّه، فهذا مدّعي الغصب؛ لأنّ القسمة تمّت باستيفاء حقوقها من القبض، وغلبة أحد الشريكين بعد ذلك غصبٌ، فإن قامت به بيّنةٌ [قضي به][5]، وإلا استُحلِف للشريك.

---

(١) في ب (منه).

(٢) في ب (قوله).

(٣) في أ (الغنم)، والمثبت من ب.

(٤) هنا في أ فقط زيادة (بعد) وحذفها أولىٰ.

(٥) في أ (بعين)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

وأمّا إذا ادّعىٰ: أنّ الذي أصابه من العدد لم يقبضه، فإنّهما يتحالفان؛ لأنّ العقد لم يتمّ، وقد اختلفا في المعقود عليه، فيتحالفان ويفسخ العقد كالبيع.

فإن قال أحدهما: أخذتَ إحدىٰ وخمسين غلطًا، وأخذتُ أنا سبعة وأربعين، وقال الآخر: ما أخذتُ إلا خمسين، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنّ شريكه يدّعي عليه استيفاء ما ليس له، فلا يُقبَل قوله.

قال: وإذا اقتسم رجلان دارًا، وأخذ كلّ واحدٍ منهما طائفةً، فادّعىٰ أحدهما بيتًا في يد الآخر، وقال: هذا فيما أصابني، وكذّبه الآخر، فإنّ عليه البيّنة، فإن أقاما جميعًا البيّنة أخذت ببيّنة المدّعي، وقد بيّنا هذا.

ولو لم يشهدا علىٰ القسمة، واختلفا في هذا البيت، تحالفا؛ لما بيّنا أنّ العقد لم يتمّ، وقد اختلفا في المعقود عليه، فيتحالفان.

قال: وإذا اختلفا [في الحدّ] فيما بينهما، فقال أحدهما[1]: هذا الحدّ لي، فأَدخَل في نصيب صاحبه، وقال الآخر: هذا الحدّ لي، فأَدخَل في نصيب صاحبه، فإن قامت البيّنة [لهما][2] أخذت ببيّنة [هذا] وبيّنة هذا، فإن قامت البيّنة لأحدهما، أخذت ببيّنته، وإن لم تقم لهما بيّنةٌ، حلف كلّ واحدٍ منهما علىٰ دعوىٰ صاحبه؛ وذلك لأنّ الأكبر منهما ادّعىٰ [حدّاً] ممّا في يد الأصغر، والأصغر ادّعىٰ حدّاً آخر ممّا في يد الأكبر، فإذا أقاما البيّنة قضي لكلّ واحدٍ منهما بما قامت بيّنته عليه، فأمّا إذا لم تقم بيّنة تحالفا؛ لأنّه اختلافٌ في المعقود عليه، فإن أراد أحدهما أن يردّ القسمة، ردّها بعد أن يتحالفا؛ وذلك لأنّ العقد

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (لأحدهما)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

عندنا [لا ينفسخ] بالتحالف حتى [يفسخه][1] الحاكم، والحاكم إنّما يفسخ بمطالبة الخصم، فإن طالب فسخ، وإلا لم يفسخ[2].

(١) في أ (يقسمه) والمثبت من ب.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٨/٤٧٣.

بَابُ
القسمةِ يستحقُّ منها الشيءُ

قال محمدٌ: إذا كانت دارٌ بين رجلين نصفين، فاقتسماها، فأخذ أحدهما الثلث من مقدّمتها وقيمته ستمائة، وأخذ الآخر الثلثين من مؤخّرها، وقيمتها ستمائة، ثم استحقّ نصف ما في يد صاحب المقدّم، فإنّ أبا حنيفة قال في هذا: يرجع صاحب المقدّم علىٰ صاحب المؤخّر بربع ما في يده، وقيمة ذلك مائة وخمسون دينارًا[1]، وإن شاء نقض القسمة، وهو قول محمدٍ.

وقال أبو يوسف: يردّ ما بقي في يديه، ويبطل القسمة، ويكون ما بقي في أيديهما بينهما نصفين.

وقد نقل الحاكم في هذه المسألة قول محمدٍ مع قول أبي يوسف، والصحيح ما ذكره أبو الحسن؛ لأنّ ابن سَمَاعة كتب إلىٰ محمدٍ فقال له: قولك في هذا مثل قول أبي حنيفة؟ فقال: نعم.

وجه قولهما: أنّ القسمة فيها معنىٰ البيع، ومعلومٌ أنّ المتبايعين إذا استُحِقّ بعض نصيب أحدهما، كان بالخيار: إن شاء أمسك الباقي ويرجع بحصّته، وإن شاء فسخ البيع، وكذلك القسمة؛ لأنّ الاستحقاق إذا حصل في نصف ثلث المقدّم، بقي للمستحقّ عليه نصف الثلث، وبقي حقٌّ له فيما في يد الآخر.

ولو كانت الدار ابتداءً بينهم: الثلث المقدّم منها للمستحِقّ نصفه، وللشريكين

(١) في ب (درهماً).

نصفه، والثلثان بينهما، جاز أن يبتدأ بالقسمة، فيأخذ أحدهما نصف الثلث المقدم، ويُبْقي لنفسه ربع الثلثين مع شريكه، فإذا جاز ابتداء القسمة علىٰ هذا الوجه، جاز البقاء.

لأبي يوسف: أنّ الاستحقاق تبيّن به أنّه كان لهما شريكٌ ثالثٌ في الدار، ومعلومٌ أنّ الدار إذا كانت بين ثلاثةٍ واقتسمها اثنان منهم، فالقسمة باطلةٌ، كذلك هذا، ولأنّ هذا الاستحقاق يؤدي إلىٰ إثبات الشيوع[1] في النصيبين، ألا ترىٰ أنّ المستحَقّ عليه يصيرُ شريكًا للمستحِقّ، ثم رجع علىٰ شريكه فيشركه فيما في يده، وإذا أدّىٰ إلىٰ الإشاعة في النصيبين صار كالشريك الثالث.

والجواب: أنّ الشريك الثالث يثبت حقّه في جميع الدار، فلا يجوز أن تصحّ القسمة من دونه، وليس كذلك الاستحقاق من مكانٍ بعينه؛ لأنّه لا يؤدي إلىٰ الإشاعة [في] كلّ الدار، فكما يصحّ أن يبتدأ القسمة علىٰ هذا الوجه، فكذلك البقاء، وإنّما[2] رجع صاحب الثلث المقدّم [بربع][3] ما في يد صاحب الثلثين؛ لأنّه لو استحق جميع الثلث رجع بنصف الثلثين، فإذا [٢٤٤/أ] استحقّ نصفه، رجع بالربع؛ ولأنّ الدار كان قيمتها ألفاً[4] ومائتين، فلما استحقّ نصف المقدّم تبيّنا أنّ المشترك بينهما [تسعمائة][5]، لكلّ واحدٍ منهما أربعمائة

(١) في ب (الإشاعة).

(٢) في ب (وإن).

(٣) في أ (برفع) والمثبت من ب.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) في أ (سبعمائة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق، وفيه (لكل واحدٍ منهما أربعمائة وخمسون).

وخمسون، (وفي يد صاحب المؤخّر ستمائة، فقد فضل معه مائةٌ وخمسون)[1]، وذلك ربع ما في يده.

قال: ولو كان صاحبُ المقدّم باع نصف ما في يده، واستحقّ النصف الباقي، فله أن يرجع [علىٰ صاحبه] في قول أبي حنيفة ومحمد، بربع ما في يده.

وفي قول أبي يوسف: يغرم نصف قيمة ما باع، [ويضمّ][2] ما بقي إلىٰ الثلثين، فيقتسمانه نصفين.

أمّا علىٰ أصلهما: فالقسمة لا تنفسخ بالاستحقاق، وإنّما يثبت للمستحَقّ عليه الخيار، فإذا باع بعض[3] نصيبه سقط خياره، فلم يبق إلا الرجوع.

فأمّا علىٰ قول أبي يوسف: فالقسمة فاسدةٌ، فإذا باع أحدهما ما حصل في يده بعقدٍ فاسدٍ [نفذ][4] بيعه، كما يحصل في يده ببيعٍ [فاسدٍ]، ويجب عليه نصف قيمته؛ لأنّ الذي باعه حصل له بعضه بحقّ الملك وبعضه علىٰ طريق العوض، فيردّ نصف قيمته ويقتسمان ما بقي نصفين.

قال: فإن كانت مائة شاة بين رجلين نصفين، فاقتسما وأخذ أحدهما أربعين شاةً تساوي خمسمائة، وأخذ الآخر ستين شاة تساوي خمسمائة، فاستُحِقّت شاةٌ من الأربعين تساوي عشرة دراهم، فإنّه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاةً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمدٍ؛ وذلك لأنّ استحقاق الشاة [لا] يتبيّن به

---

(١) ما بين القوسين في ب (في يده منها ثلاثمائة، يبقىٰ له مائةٌ وخمسون، يرجع بها علىٰ صاحب الثلثين).

(٢) في أ (يضمن) والمثبت من ب.

(٣) في ب (بعين).

(٤) في أ (بعد) والمثبت من ب.

أنّه كان للمتقاسمين شريكٌ ثالثٌ، فلم يوجب ذلك نقض القسمة على قول أبي يوسف، إلا أنّا تبيّنا أنّ بينهما ألفاً إلا عشرة [دراهم]، حقّ كلّ واحدٍ منهما أربعمائة وخمسة وتسعين، وقد أخذ صاحب الأربعين أربعمائة وتسعين، وأخذ الآخر خمسمائة، فبقي لهذا الشريك [خمسةٌ]، فوجب أن يضرب في الستين شاة بخمسة دراهم، ويضرب فيها شريكه بأربعمائة وخمسة وتسعين، فيقتسمانها على ذلك.

قال: فإن كان كُرُّ حنطةٍ بين رجلين نصفين، يكون أربعين قفيزًا، منها عشرة أقفزةٍ طعامٌ جيدٌ، وثلاثون قفيزًا رديءٌ على حدةٍ، فأراد أحدهما أن يأخذ عشرة أقفزةٍ طعاماً[1] [بحقّه]، ويأخذ الآخر ثلاثين قفيزًا، فإن هذا لا يجوز؛ لأنّ القسمة فيها معنى التمليك، وتمليك الحنطة بأكثر من كيلها لا يجوز.

قال: فإن زاده صاحب الثلاثين قفيزًا ثوبًا، فاقتسما على ذلك فهو جائزٌ؛ وذلك لأنّ العشرة الجيدة لا يجوز أن تكون في مقابلتها أكثر من عشرة، ويبقى بينهما عشرون قفيزًا أخذها [أحدهما] وأعطى ثوبًا بدلاً عن عشرةٍ منها، وهو حقّ صاحبه، فيجوز ذلك، وهذا على أصلنا في قسمة [الاعتبار][2]، وقد بيّنا ذلك في البيوع.

قال: فإن استَحقّ [عليه] في الثلاثين عشرة مخاتيم[3]، فإنّه يرجع عليه بنصف الثوب؛ لأنّ عشرةً من الثلثين بالعشرة الخيار، والثوب بحصّة صاحب

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (الأعيان)، والمثبت من ب، وهو المناسب؛ لأنّ المسألة من صور قسمة الاعتبار المعروفة عند الحنفية.

(٣) (جمع مختوم، وهو مكيالٌ معروفٌ عندهم). طلبة الطلبة للنسفي (٢١٨)

العشرة من العشرين الباقية، فلمّا استحق نصفها رجع عليه بنصف الثوب.

قال: وهذا الجواب في كتاب القسمة، وقال في زيادة الزيادات: إذا استحق عشرة أقفزةٍ من الطعام الرديء، رجع [عليه] بثلث[1] الثوب وثلث الطعام الجيد، فمن أصحابنا من قال: بأنّ ما في الزيادات هو القياس، وما في الكتاب هو[2] الاستحسان.

وجه القياس: أنّ العشرة مستحقةٌ من جملة الثُلُثين مُشاعًا، فقد استحقّ من كلّ عشرةٍ ثلثها، ومعلومٌ أن عشرةً منها بإزاء الثوب، فرجع بثلثه، وعشرةً منها بإزاء العشرة [الجياد][3]، فيرجع بثلثها، وعشرة مال المستحَقّ عليه، فلا يرجع بما استُحِقّ منه.

وجه الاستحسان: أنّ الاستحقاق إذا حصل من الجملة مشاعًا، وجب أن يُجعَل من جميعها إذا كان لها حكمٌ واحدٌ، فإذا اختلف حكمها، جاز أن يُجعَل من بعضها دون بعضٍ؛ بدلالة ما قالوا فيمن باع إبريقًا وزنه عشرة دراهم وثوبًا بعشرين درهمًا، وتقابضا وافترقا، ثم استُحِقّ من العشرين عشرةٌ: جُعلَت من ثمن الثوب، ولم تُجعَل من جملة[4] ثمن الثوب وثمن[5] الإبريق؛ لأنّ ذلك يؤدي إلىٰ بطلان جواز[6] الصرف، فلمّا صار لأحد الأمرين مَزيّةٌ علىٰ الآخر، جعل

(١) في ب (بنصف).

(٢) في ب (جواب).

(٣) في أ (الخيار) والمثبت من ب.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٦) في ب (عقد).

الاستحقاق من أحدهما، كذلك في مسألتنا: العشرة الجيدة بالعشرة الرديئة قسمةٌ، والعشرة بالثوب بيعٌ، فإذا جعلها الاستحقاق من حصة البيع، لم يحتج إلىٰ إعادته، وإذا جعلناها من حصة القسمة، وجب إعادة القسمة، فوجب أن يُجعَل من حصة الثوب دون حصة القسمة.

وإذا كان الاستحقاق مما يسوّي[1] القسمة، صار من العشرين الباقية، فخمسة أقفزةٍ مستحقّةٌ من بدل الثوب، وهي نصف ثمنه؛ فلذلك رجع بنصفه.

قال: وإذا اقتسم رجلان دارًا واحدةً، وأرضًا واحدةً، فبنىٰ أحدهما فيما صار له، أو غرس ثم استُحِقّ كلّه أو بعضه فيما فيه [من] البناء، فإنه [يقلع][2] المستحِقّ البناء والغرس، ولا يكون المستَحَقّ عليه مغرورًا، ولا يكون له أن يسلم ما نقض إلىٰ شريكه، ويضمّنه قيمة ذلك مَبْنِيًّا أو مغروسًا.

قال: وجملة هذا: أنّ القسمة إذا وقعت بإجبار الحاكم، [أو][3] وقعت بتراضيهما فيما يجبر الحاكم عليه، ثم استحقّ أحد النصيبين، لم يرجع الذي أخذه بقيمة البناء والغرس؛ لأنّ الرجوع بذلك إنّما هو لأجل الغرور، ألا ترىٰ أن البائع قد غرّ المشتري [حين][4] أوجب له البيع في أرضٍ ضَمِن[5] أنّها ملكه، فأنفق فيها مغترًا بالضمان، وهذا لا يوجد في القسمة؛ لأنّ المقاسم [إنّما] أُخِذ منه نصف العقار بغير اختياره حين أجبره القاضي.

(١) في ب (سوىٰ).
(٢) في أ (يبلغ)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٣) في أ (إن)، والمثبت من ب.
(٤) في أ (حتىٰ) والمثبت من ب.
(٥) في ب (ظن).



وإن كان لم يجبره فقد كان معرّضًا للإجبار لو لم يقسم، فلم يكن غارّاً فلم يضمن قيمة البناء والغرس.

ولهذا قالوا: إنّ الشفيع إذا أخذ العقار بالشُّفعة فبنىٰ فيه، ثم استُحِقّ، فقلع البناء، لم يرجع بقيمته علىٰ المشتري؛ لأنه لم يغرّه فيه، وإنّما أخذه بغير اختياره.

وكذلك قال محمدٌ في الجارية المأسورة إذا اشتراها رجلٌ من أهل الحرب، فأخذها المولىٰ الأول بالثمن، واستولدها، ثم استحِقّت: [لم][1] يرجع بقيمة الولد؛ لأنّه أخذها بغير اختيار المشتري، فلم يكن المشتري غارًّا.

فكذلك قال في جاريةٍ بين شريكين استولدها أحدهما، ثم استُحِقّت وضمن قيمة الولد، لم يرجع به علىٰ الشريك؛ لأنّ الشريك لم يوجب الملك فيها، وإنّما أُخِذت بغير اختياره.

وكذلك قال في الأب إذا وطئ جارية الابن، فعلقت واستُحِقّت فضمن قيمة الولد، لم يرجع به علىٰ ابنه؛ لأنّه أُخِذ من المالك بغير اختياره.

وقد قال أبو يوسف في غاصب الجارية: إذا لم يقدر علىٰ ردّها فضمّنه المولىٰ القيمة، ثم رجعت، فاستولدها الغاصب، ثمّ استُحِقّت، رجع الغاصب علىٰ مولاها بالقيمة التي ضمن له، وبقيمة الولد، ولم يحك خلافًا، وهذا صحيحٌ؛ لأنّ الملك يحصل باختيار المولىٰ للتضمين، فقد أوجب الملك فيها بالضمان، فصار كالبائع.

قال: ولو كانت بينهما داران، أو أرضان، فأخذ كلّ واحدٍ منهما واحدةً،

(١) في أ (أن)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

فبنىٰ فيها، ثم استُحِقّت، ونقض البناء، رجع بقيمة البناء [٤٤٢/ب]؛ وذلك لأنّ من أصل أبي حنيفة أنّ الدارين لا يُجبر علىٰ قسمة إحداهما في الأخرىٰ، فلمّا وقعت القسمة بغير اختيارٍ، صار كلّ واحدٍ منهما كالبائع لنصيبه من شريكه، فيصير غارًّا.

ومن أصحابنا من قال: إن علىٰ قول أبي يوسف ومحمدٍ لا يرجع؛ لأنّ من أصلهما أنّ الدارين تقسم إحداهما في الأخرىٰ، فهما كالدار الواحدة.

والصحيح: أنّه لا خلاف في هذا؛ لأنّ عندهما إنّما تقسم إحدىٰ الدارين في الأخرىٰ إن رأىٰ القاضي ذلك صلاحًا، وإن لم ير فيه صلاحًا لم تقسم، فإذا اقتسماها بغير حكمٍ لم تقع القسمة علىٰ ما يجبر القاضي عليه، فصارت في معنىٰ البيع.

وقد قالوا في الجاريتين المشتركتين: إذا اقتسماهما وأخذ كلّ واحدٍ من الشريكين(١) [جارية] فاستولدها، ثم استُحِقّت، رجع علىٰ شريكه في قول أبي حنيفة؛ لأنّ الرقيق عنده لا يقسم بعضه في بعض، فصارت القسمة كالبيع.

و[يجيء] علىٰ قول أبي يوسف ومحمدٍ: أن لا يرجع؛ لأنّ القسمة في الرقيق يجبر القاضي عليها، فصارت كالدار الواحدة(٢).

---

(١) في ب (منهما).

(٢) انظر: الأصل، ٣/٣١٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٤٧٧.

بَابُ
ما يوجبُ نقض القسمة

قال محمد: إذا اقتسم الورثة دارًا للميت، وعلىٰ الميت ديونٌ، فجاء الغرماء يطلبون دَيْنَهُمْ، فإن القسمة تردّ قليلاً كان الدين أو كثيرًا، فإن كان للميت مالٌ سوىٰ ذلك، جعلته في الدين وأنفذت القسمة؛ وذلك لأنّ الدين يمنع الوارث من التصرف؛ لتعلّق حقّ الغرماء بالمال، وإذا لم يجز التصرّف ـ والقسمة تصرّفٌ ـ لم تنفذ؛ ولأن الدين [إذا] كان مستغرقًا، فالورثة لا يملكون الدار، فلا تصحّ قسمتهم، وإذا كان غير مستغرقٍ، فالحقّ متعلّقٌ بالتركة، فيمنع التصرف كالرهن.

وأمّا إذا كان للميت مالٌ، جُعِل الدين فيه؛ لأنّ الحاكم لا حاجة به إلىٰ إبطال القسمة، ألا ترىٰ أنّ الغرماء لا حقّ لهم إلا في مقدار دينهم، فإذا استوفوه من بقية المال، لم يُحتَج إلىٰ فسخ القسمة.

قال: فإن لم يكن للميت مالٌ، فأدّىٰ الورثةُ الدينَ من مالهم علىٰ قدر مواريثهم، فالقسمة جائزةٌ؛ وذلك لأنّ القسمة إنّما بطلت[1] لأجل الدين، فإذا قضي الدين[2] زال المعنىٰ المانع، فنفذت القسمة.

قال: وكذلك إن كان الميت قد أوصىٰ بالثلث، فاقتسم الورثة وصاحب الثلث غائبٌ، ثم جاء، فإنّه يبطل القسمة إذا كانوا اقتسموا بغير قضاء القاضي؛

---

(١) في ب (وقفت).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

وذلك(١) لأن الموصىٰ له شريك الوارث، فصار غيبته كغيبة أحد الورثة، فتمنع القسمة، وإنما شرط أن تكون [القسمة] بغير قضاءٍ؛ لأنّ القاضي إذا قسم مع غيبة أحد الشركاء نفذ حكمه؛ (لأنّه موضعٌ يسوغ فيه الاجتهاد.

قال: ولو كان للميت وصيٌّ، فقسم حصّة صاحب الثلث، لم يجز عليه؛ لأنّه لا ولاية له على الموصىٰ له)(٢)، فلم يجز قسمته في حقّه.

قال: وكذلك إن اقتسم الورثة وفيهم وارثٌ غائبٌ، وليس للميت وصيٌّ ولا للغائب وكيلٌ، ثم قدم الغائب، فله أن يبطل القسمة.

وكذلك لو كان في الورثة صغيرٌ ليس له وصيٌّ، [فكبر، فله](٣) أن ينقض القسمة، فكذلك كلّ قسمةٍ وقعت بين الشركاء وأحدهم غائبٌ؛ وذلك لأنّه لا ولاية لهم على الغائب والصغير، فلا يجوز قسمتهم لحقّه.

قال: ولو أدّىٰ بعض المقتسمين دينًا، وأقام بيّنةً، فله أن ينقض القسمة، فلا تكون قسمته إبراءً من دينه؛ وذلك لأنّ القسمة قد تقع مع وجود الدين [ثم يقضىٰ](٤) الدين من مالٍ آخر، أو تقضيه الورثة من أموالهم، فتنفذ القسمة، فلم يكن في دخول هذا الوارث معهم في القسمة إقراراً بعدم الدين؛ فلذلك جاز أن يقيم عليه البيّنة.

فإن ادّعىٰ وارثٌ وصيةً لابنٍ له صغيرٍ بعد القسمة، فإن القسمة لا تُبطِل

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في أ (فللورثة)، والمثبت من ب، وهو المناسب؛ لأنّ المسألة في ورثةٍ تقاسموا، فكيف ينقض الورثة القسمة.
(٤) في أ (بقضاء) والمثبت من ب.

حقّ الصغير، ولكنّ الأب لا يملك أن يقيم البيّنة؛ وذلك لأنّه لمّا قاسم فقد اعترف بصحة القسمة، والوصية لابنه حقٌّ في عين الدار، فيمنع من جواز القسمة، فصار الأب مدّعيًا لبطلان القسمة، فلا تقبل بيّنته علىٰ ذلك، ولا يسقط حقّ ابنه من الوصيّة؛ لأنّ الأب لا يملك إسقاط حقّ الولد، وليس في دخوله معه في العقد أكثر من الاعتراف بسقوط حقّه.

قال: و[كذلك] لو ادّعىٰ بعض المقتسمين أنّ أخاً له من أبيه وأمّه قد ورث أباه معهم، وأنّه مات بعد أبيه، وورثه هو وأراد ميراثه، وقال: إنّما قسمت[1] ميراثي من أبي، وجحد بقية الورثة، وأقام المدّعي البيّنة؛ فإنّه لا يُقضىٰ له بحقّه، ولا تُقبَل بيّنته علىٰ ذلك، ولا تبطل القسمة إن كانوا كتبوا في القسمة أن لا حقّ لبعضهم فيما اقتسموا، أو لم يكتبوا؛ لأنّ المدّعي يدّعي ملكًا في غير ما قاسم عليه، وذلك يمنع من صحّة القسمة، فكان في دخوله في القسمة إسقاطٌ لحقّه في هذه الدعوىٰ، فلم تُقبَل.

وكذلك كلّ ميراثٍ يدّعيه أو هبةٍ أو شراءٍ أو صدقةٍ؛ لأنّ هذه الحقوق تقتضي ثبوت ملكه فيما قاسم فيه، وقسمته علىٰ أنّه ميراثٌ يخالف ذلك، فلم تُقبَل.

قال: وقسمة المُكاتَب شركاءه مثل قسمة الحرّ، [وكذلك قسمة المأذون؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يملك التصرّف فيما في يده كما يملك الحرّ]، وكذلك قسمة الأب علىٰ الصغير والمعتوه، وكذلك كل من يجوز بيعه علىٰ الصغير، فقسمته عليه جائزةٌ؛ لأنّه يلي عليه، فجاز [له] أن يقسم بحقّ الولاية، كما يجوز [له أن يبيع][2].

---

(١) في ب (أنا أقسم).

(٢) في أ (في البيع) والمثبت من ب.



قال: وإذا قاسم على الصغير وصيُّ أمّه، أو وصيُّ أخيه، أو [وصيّ] عمّه، جازت قسمته في غير العقار، ولا يجوز في العقار؛ لأنه يملك بيع غير العقار، فيملك قسمته لِمَا في ذلك من الحظّ وللميت من الحفظ لماله[1]، ولا يملك بيع العقار، فكذلك لا يملك قسمته[2].

(١) في ب (الحفظ له ولماله).

(٢) انظر: الأصل ٣/٣١٣، ٣١٤.



بَابُ
المهايأة

قال: وهذا النوع من المسائل لم يورده أبو الحسن، فذكرناه في القسمة؛ لأنّه أشبه بها.

والمهايأة[1] عندنا في المنافع المشتركة عقدٌ واجب إذا طلبه أحد الشريكين ولم يطلب شريكه قسمة [الأصل]، وقال الشافعي: لا يجوز[2].

لنا: قوله تعالىٰ حكايةً: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥]، وهذه مهايأةٌ في الشرب، وروي أنّ امرأةً جاءت إلىٰ النبي ﷺ فقالت: وهبت نفسي منك، فقال: «**لا حاجة لي في النساء**»، فقام رجلٌ فقال: زوّجنيها يا رسول الله، فقال ﷺ: «**هل معك ما تعطيها**»؟ فقال: هذا الإزار، فقال: «**إن تزوجتها علىٰ نصفه جلست في البيت يومًا لتلبسه، ولبسته هي يومًا**»[3]، وهذا يدل علىٰ وجوب المهايأة؛ لأنّ المنافع ملكٌ مشتركٌ يجوز استحقاقه بالعقود، فجاز وقوع القسمة فيه كالأعيان.

[٤٤٣/أ] وقد قال أصحابنا: إنّ العقود إذا اختصّت باسمٍ، انفردت بمعنىً،

---

(١) «من التهايُؤ ـ تفاعل ـ: وهو أن يتواضعوا علىٰ أمر فيتراضوا به، وحقيقته: أن كلًّا منهم يرضىٰ بحالة واحدة ويختارها، يقال: هايأ فلان فلانًا. وأما المهاياة (بإبدال الهمزة ألفًا فلغة». المغرب (هيأ).

(٢) انظر: الأصل ٦١٦/١٠؛ الأم ص ١٢٩٥؛ المنهاج ص ٥٦٦.

(٣) رواه البخاري (٤٨٢٩)، من حديث ابن مسعودٍ ﷺ، ولكن لفظه: (وما تصنع بإزارك، إن لبسته لم يكن عليها منه شيءٌ، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيءٌ).

والمعنىٰ الذي انفردت المهايأة به أنّها ليست بإجارةٍ؛ لأنّها استيفاء منفعةٍ علىٰ ملك المنتفع، والإجارة: استيفاء منفعةٍ من ملك الغير.

ويفارق العارية؛ لأنّ الاستحقاق يتعلّق بها، ولا يبطل بالموت وإن بطلت الإجارة والعارية بالموت، ويجوز لأحد الشريكين نقضها إذا [التمس][(١)] عقد القسمة، وليس في الأصول عقدٌ لازمٌ يجوز فسخه باختيار عقدٍ آخر [إلا المهايأة].

ولا يجوز أن يقال: إنّ المهايأة تمليك منافع بمنافع من جنسٍ واحدٍ، فهو كإجارة دارٍ بدارٍ؛ لأنّ [المتهايئين][(٢)] ما يأخذه كلّ واحدٍ منهما في التقدير كأنّه ما ملكه بالأصل، وهذه المنفعة هي التي يستحقّها بملكه، وليست [عوضاً عما][(٣)] انتفع به شريكه، فإن طلب أحدهما القسمة قسم الحاكم بينهما، وفسخ المهايأة؛ لأنّ القسمة هي الأصل، والمهايأة إنّما تثبت إذا عدلا عنها؛ بدلالة أنّ أحدهما لو طلب القسمة في الابتداء، وطلب الآخر المهايأة لم يُهايَأ بينهما، فإذا طلبها في الثاني سقطت المهايأة كالابتداء.

وإنّما قلنا: إنّ المهايأة لا تبطل بالموت؛ لأنّها لو انتقضت احتاج الحاكم إلىٰ إعادتها في الحال، فلا معنىٰ لنقضها واستئنافها.

٢٨١٠ ـ فَصْل: [التهايؤ في الدار بين رجلين]

فإذا كانت الدار بين رجلين فتهايأا فيها علىٰ أن أخذ هذا طائفةً، وأخذ[(٤)]

---

(١) في أ (التمييز) والمثبت من ب.

(٢) في أ (المتقاسمين)، والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

(٣) في أ (غرض بما)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

هذا طائفةً يسكنها، جاز ذلك؛ لأنّ قسمة الأرض تجوز على هذا الوجه، فالمنفعة غير مختلفةٍ، فجازت المهايأة، وسواءٌ ذكر المهايأة مدّةً، أو لم يذكر؛ لأنّها عقد قسمةٍ، ولا يفتقر إلى التوقيت، كقسمة الأصل.

فإن شرط كلّ واحدٍ منهما أن يستعمل ما أصابه بالمهايأة، جاز؛ لأنّ المهايأة قسمة المنافع، فقد ملك كلّ واحدٍ منهما ما أصابه من المنفعة، فجاز له أن [يستغلّها](١) ويأخذ العوض عنها، وإذا جاز ذلك، فشرطها له في العقد شرطًا لمقتضى العقد، فلا يفسد بالشرط.

وكان أبو علي الشاشي يقول: إنّ الاستغلال إنّما يجوز بالشرط، فإن وقع بالعقد ولم يشترطا الاستغلال، لم يجز لواحدٍ منهما أن يؤاجر، كما لا يجوز ذلك من المستعير، فظاهر الكتاب يدل على جواز الاستغلال من غير شرطٍ.

وإن تهايأا على أن أخذ أحدهما السفل والآخر العلو، جاز؛ لأنّ قسمة الأصل تجوز على هذا الوجه، فكذلك قسمة المنفعة.

٢٨١١ ـ فَصل: [التهايؤ في دارين]

وإن تهايأا في دارين: فأخذ أحدهما دارًا والآخر دارًا، على أن يسكن كلّ واحدٍ منهما ما أخذ ويستغل، جاز، وهذا ظاهرٌ على قول أبي يوسف ومحمدٍ؛ لأنّ قسمة الأصل تجوز على هذا الوجه، فكذلك قسمة [المنفعة](٢).

فأمّا على أصل أبي حنيفة: فلا يجوز قسمة إحدى الدارين في الأخرى؛

(١) في أ (يستعملها) والمثبت من ب.

(٢) في أ (المنفعتين) والمثبت من ب.



فلذلك لا تجوز قسمة المهايأة، فمن أصحابنا من حمل المسألة (على أنّ ذلك جائزٌ بتراضيهما، ولو تراضيا على قسمة العقار[1] بعضها في بعضٍ جاز)[2]، ومن أصحابنا من قال: إن المهايأة تقع بفعل الحاكم، فلو رأى الحاكم قسمة العقار[3] بعضها في بعضٍ جاز.

وكان أبو الحسن يقول: معنى قول أبي حنيفة: إنّ العقار لا يقسم بعضه في بعضٍ: أن الأولى أن [لا] يفعل ذلك، فإن لم يفعل الأولى، جاز، فعلى قول أبي الحسن: القسمة في الأصل جائزةٌ، وكذلك المهايأة.

٢٨١٢ ـ فَصْل: [التهايؤ في دار واحدة لا تتسع لسكناهما معًا]

وإن كان بينهما دارٌ واحدةٌ لا تتسع لسكناهما فيها معًا[4]، فتهايأا على أن يسكنها هذا شهرًا وهذا شهرًا جاز، أو كان له عبدٌ واحدٌ، تهايأا على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا، جاز؛ لأنّ المهايأة في العبد والدار الصغيرة لا يمكن إلا بأن [يقدّم][5] أحدهما بالانتفاع، فيجوز ذلك، إلا أنّ هذه المهايأة تصير في معنى العارية؛ لأنّ قسمة الأصل على هذا الوجه لا تجوز؛ لأنها تمليكٌ مؤقّتٌ، فكذلك قسمة المنفعة، وإنّما يحمل هذا على أنّ كلّ واحدٍ منهما [أباح] لصاحبه الانتفاع في تلك المدّة.

ولهذا قالوا: إنّهم لو شرطوا الاستغلال لم يجز، كما لا يجوز للمستعير أن

---

(١) في ب (الدور).
(٢) ما بين القوسين في أ مؤخرة عن موضعها هنا، والمثبت بحسب المذكور في ب.
(٣) في ب (الدور).
(٤) (فيها معاً) سقطت من ب.
(٥) في أ (يقوّم) والمثبت من ب.

يؤاجر، فإن استغلّ كلّ واحدٍ منهما تقاسما الفضل؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما أجّر بإذن شريكه ملكًا مشتركًا؛ [فكأنّه][1] وكّله بالإجارة، فإن تساويا في الاستغلال، كان ذلك قصاصًا، وإن استغل أحدهما أكثر، ردّ نصف [الفضل][2].

وليس كذلك الداران[3]؛ لأنّ أحدهما إذا [استغلّ][4] أكثر من الآخر سلمت له الزيادة؛ لأنّه ملك المنفعة، فحصل له العوض عن ملكه، فلا يلزمه ردّ شيءٍ منه.

٢٨١٣ - فَصْل: [التهايؤ بين شريكين في خدمة العبد]

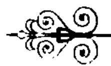
ولو تهايأا، وأخذ أحدهما عبدًا يخدمه، والآخر عبدًا، جاز، وهذا ظاهرٌ على قولهما في جواز قسمة الرقيق، فأمّا على أصل أبي حنيفة: فلا تجوز القسمة في العبدين، إلا أنه قال في المنافع: إنّها تجوز؛ لأنّها جنسٌ واحدٌ غير مختلفٍ، فصار كمنفعة الدارين.

وأمّا الدواب المشتركة إذا أخذ أحدهما دابّةً يركبها، والآخر دابّةً، وشرطا الاستغلال، فعند أبي حنيفة لا يجوز.

وقالا[5]: يجوز، وقولهما ظاهرٌ؛ لأنّ قسمة الأصل تجوز على هذا الوجه، فكذلك المنفعة، ولأنّ أبا حنيفة جوّز المهايأة في العبدين وإن لم تجز قسمتهما،

---

(١) في أ (لأنه) والمثبت من ب.
(٢) في أ (الأصل)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق، لأنّ الرد للفضل لا للأصل.
(٣) في ب (الدار).
(٤) في أ (استعمل) والمثبت من ب.
(٥) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).



فلأن يجوز في [الدابتين][١] مع جواز قسمتهما أولىٰ.

إلا أنّ أبا حنيفة قال: إنّ المنافع في الدوابّ مختلفةٌ؛ بدلالة أنّ من استأجر دابّةً ليركبها، لم يجز له أن يؤاجرها، وإذا اختلفت المنفعة لم تصحّ المهايأة، وليس كذلك منفعة العبدين والدارين؛ لأنّها غير مختلفة؛ بدلالة أنّ من استأجر [عبداً ليخدمه، جاز له أن يؤجّره، ومن استأجر] دارًا ليسكنها، كان له أن يؤاجرها، وكأنّ أبا حنيفة اعتبر كون المنفعة من جنسٍ واحدٍ غير مختلفةٍ.

٢٨١٤ - فَصْل: [التهايؤ بين شريكين في النخل والشجر]

وإذا كان النخل والشجر بين شريكين قد تهايأا علىٰ أن يأخذ أحدهما طائفةً يستثمرها وأخذ الآخر طائفةً، أو كانت [الغنم][٢] مشتركةً واتفقا علىٰ أن يأخذ كلّ واحدٍ [منهما] طائفةً يرعاها وينتفع بألبانها، لم يجز ذلك؛ لأنّ المهايأة تختصّ المنافع، فلو جوّزناها في مسألتنا، استحقّ بها الأعيان، وهذا لا يصحّ؛ ولأنّ ما يحصل من الولد والثمر[٣] يتفاوت، والأعيان لا يجوز قسمتها إلا بالتعديل؛ ولأنّ المنافع بنا ضرورةٌ إلىٰ قسمتها قبل وجودها.

٢٨١٥ - فَصْل: [التهايؤ بين شريكين في إطعام العبد]

وقد قالوا في الشريكين إذا أخذ كلّ واحدٍ [منهما] عبدًا يخدمه، وشرط كلّ واحدٍ منهما علىٰ نفسه[٤] طعام العبد: جاز استحسانًا.

(١) في أ (الدارين)، والمثبت من ب، وهو المناسب إذ الكلام عن قسمة الدوابّ.
(٢) في أ (القيمة)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه، بدلالة ذكر الانتفاع بالألبان بعد.
(٣) في ب (اللبن).
(٤) في أ (صاحبه نفسه)، بزيادة (صاحبه)، وقد سقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.



وجه القياس: أنّ الطعام يجب عليهما، فإذا شرطاه على أحدهما، صار كالعوض عما شرط على الآخر، وهو مجهولٌ.

ووجه الاستحسان: أنّ التفاوت في الطعام لا يعتدّ به في العادة لقلّته، فسومح به؛ لأنّه من توابع العقد.

ولو شرط كلّ واحدٍ منهما كسوة العبد، لم يجز؛ لأن التفاوت في الكسوة يكثر، فبقي ذلك على أصل القياس(١).

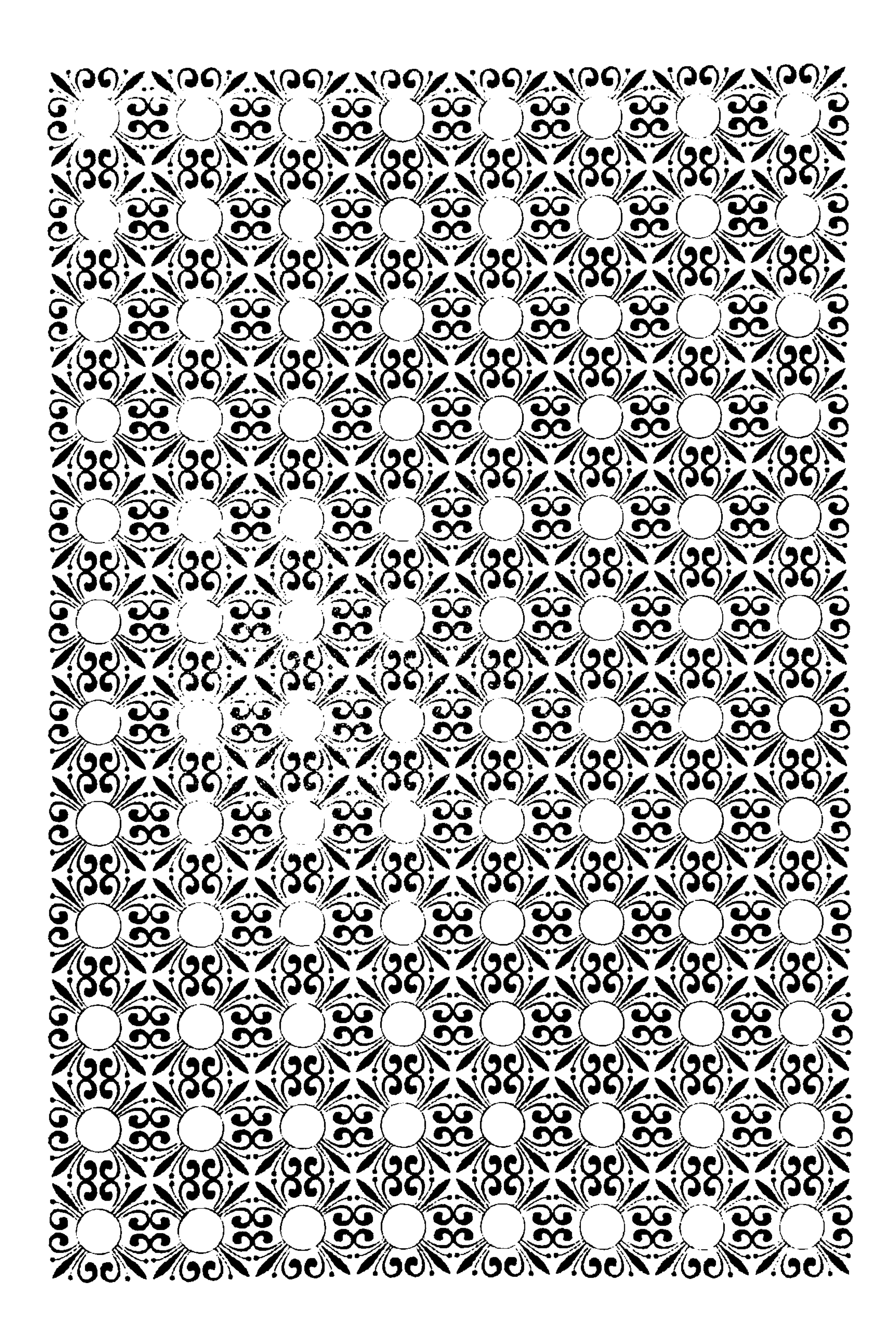
تمّ كتاب القسمة

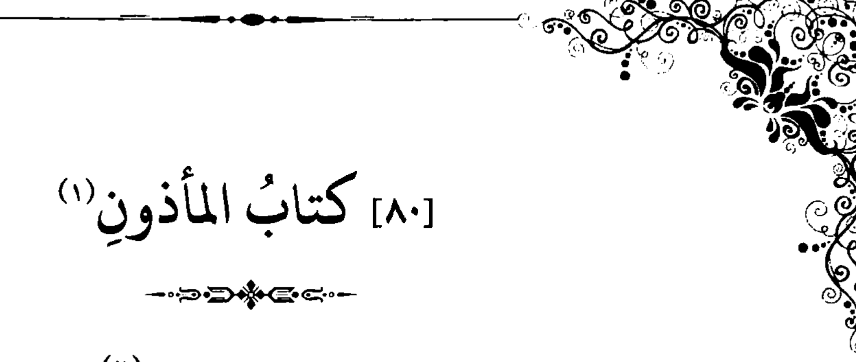
(ولله الحمد والنعمة، والصلاة على محمد وآله)(٢)



(١) انظر: الأصل ١٦١/١٠ وما بعدها؛ ٥/١١ وما بعدها.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.





[٨٠] كتابُ المأذونِ[١]

قال رحمه الله: يجوز الإذن للعبد في التجارة[٢]، والدليل عليه ما روي: (أنّ النبي ﷺ كان يركب الحمار، ويجيب دعوة المملوك)[٣]، ومعلومٌ أنّه لا يجيب المحجور، فلم يبق إلا أنّه يجيب المأذون، وهذا يدلّ على جواز الإذن.

وروي أنّ العباس كان له عشرون عبدًا، كلّ واحدٍ يتجر بعشرة آلاف[٤]، وكان هذا بحضرة الصحابة من غير نكيرٍ؛ ولأنّ العبد ممنوعٌ من التصرف لحقّ المولى، فإذا أذن المولى فقد أسقط حقّ نفسه، فجاز التصرف، ولا خلاف في هذا.

والإذن [للعبد] عندنا: إطلاقٌ من حجرٍ؛ لأنّ المانع من تصرّف العبد مع صحة قوله الحجر الثابت بالرّقّ، فإذا أذن المولى زال الحجر بالإذن، كما يزول بالعتق، فيجوز تصرف العبد؛ ولهذا نقول: إنّه يتصرف لنفسه؛ بدلالة أنّه لا يرجع

---

(١) المأذُون ـ بضم الذال ـ من أذن، أباح، ومنه: «أذنت للعبد في التجارة، فهو مأذون له. والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفًا، فيقولون: «العبد المأذون». المصباح (أذن).
وشرعًا: «فكّ الحجر وإسقاط الحق». الهداية ٢٥٨/٣؛ في ومعجم لغة الفقهاء: «المأذون له بالتصرف: الذي أبيح له التصرف؛ لأن الإذن يفيد الإباحة، ومنه: المحجور عليه: الذي أباح له مولاه» ممارسة البيع والشراء. (المأذون).

(٢) انظر: الأصل ٤٩٦/٨.

(٣) رواه الترمذي (١٠١٧) وقال: (هذا حديثٌ لا نعرفه إلا من حديث مسلم عن أنس، ومسلم الأعور يضعف)؛ وابن ماجه (٤١٧٨).

(٤) رواه الحاكم في المستدرك (٣٦٦/٣)، والبيهقي في الكبرى (٣٢٢/٦)، وقال الحاكم: (صحيحٌ على شرط مسلم ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي.

بالديون على مولاه، فلو تصرّف بالإذن لرجع عليه[1] كالمضارب والوكيل.

والإذن [يثبت] لمعانٍ: منها: أنّ من أُذِن له في التجارة إذنًا عامًا، أو أُذِن له في شيءٍ خاصٍ يفوّض إليه الرأي فيه ممّا لا يُفعل في العادة على وجه الاستخدام، أو يراه يتصرّف ولا ينكر عليه، أو يضع عليه غلّةً في كلّ يومٍ، أو في كلّ شهرٍ، أو يقول له: إذا أدَّيْتَ إليّ ألفًا فأنت حرٌّ، (أو أدِّ إليَّ ألفًا وأنت حرٌّ)[2].

وأمّا إذا أذن له إذنًا عامًا جاز تصرّفه في جميع الأشياء؛ لأنّها دخلت تحت الإذن الصريح، فيجوز التصرّف كما يجوز في المضارب

وأمّا إذا أذن في نوعٍ خاصٍّ، جاز له أن يتصرّف في كلّ نوعٍ استحسانًا، والقياس أن لا يجوز تصرّفه إلا في ذلك النوع، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنّه أذن له في نوعٍ فلم يجز أن يتجاوزه كالمضارب والوكيل.

وجه الاستحسان: أنّه أطلق حجره بالإذن كما أطلقه بالعتق، ولو أعتقه لم يتخصّص الإذن[3]، كذلك إذا أذن [له]؛ ولأنّ الإذن في نوعٍ يدخل فيه كل الأنواع من طريق المعنى؛ بدلالة أنّه إذا قال له: أذنت لك في البزّ[4]، جاز أن يبيع البزّ بالحنطة، ثم يبيع الحنطة بالدراهم، وجاز [له] أن يشتري البزّ بالحنطة، ثم يبتاع الحنطة ويوفيها، فلو اختصّ الإذن بنوعٍ دخل غيره فيه حكمًا، فلذلك قلنا: إنّه عامٌّ.

---

(١) في ب (على مولاه).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (التصرف).

(٤) البَزُّ ـ بالفتح ـ: نوع من الثياب، وقيل: الثياب خاصة من أمتعة البيت». كما في المصباح (بزّ)؛ «والبزّ: هو الثياب من القطن والكتاب، والبزاز: بائع القماش». كما في معجم لغة الفقهاء (بزّ).

وليس هذا كالوكيل والمضارب ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يرجع بما يلزمه من الدين ، وللآمر غرضٌ صحيحٌ في أن لا يوجب الرجوع على نفسه في كلّ شيءٍ ، ولا [غرض][1] للمولى في التخصيص ؛ لأنّ العبد لا يرجع عليه ، وإنّما تعلّق رقبته بالدين ، ولا فرق بين استحقاقها في النوع الذي عينه أو في غيره.

وعلى هذا قال أصحابنا: إذا أذن لعبده دهرًا[2] أو شهرًا ، كان مأذوناً أبدًا ، إلا أن يحجر عليه ؛ لأنّ الإذن إطلاقٌ من حجر ، فلا يتوقّت كالبلوغ.

وقالوا: إذا قال له: أذنت لك في شراء البزّ ، فلا تشتر غيره ، ولا تتّجر في غيره ، فهو إذنٌ في جميع التجارات ؛ لأنّه حجر عليه مع بقاء الإذن ، وهو لا يملك إلا الإذن على الإطلاق ، أو الحجر على الإطلاق.

وقالوا: لو أمره بضربٍ من الصنائع فقال: [اقعد][3] قصّارًا أو صبّاغًا ، فقد أذن له في جميع الصنائع وجميع التجارات ، وله أن [يقعد][4] صيرفيًا ، وأن يشتري ما بدا له من الدوابّ[5] والرقيق وغير ذلك ؛ لأنّه لمّا أذن له في الصِّناعة ، فقد أذن له في ابتياع آلاتها ، وفي استئجار الأُجَراء للعمل ، والإذن في نوعٍ [من] الشراء إذنٌ في كلّ نوعٍ ؛ لأنّ العمل[6] يلزمه في جميعها على وجهٍ واحدٍ.

وأمّا إذا أمره فيما يجري مجرى الاستخدام ، فلا يكون إذنًا ، وهو مثل أن

(١) في أ (عوض) والمثبت من ب.
(٢) في ب (يوماً).
(٣) في أ (افعل) ، والمثبت من ب ، وهو أولى في العبارة.
(٤) في أ (يفعل) ، والمثبت من ب.
(٥) في ب (البز).
(٦) في ب (الدين).

يرسله ليشتري له ثوبًا أو لحمًا بدرهمٍ، أو ثوبًا يلبسه المولىٰ أو العبد أو طعامًا لرزق المولىٰ أو لرزق أهله، فالقياس أن يكون هذا إذنًا؛ لأنّ الإذن [لا] يتبعض، وإنّما استحسنوا فقالوا: إنّه لم يفوّض إليه الرأي، وإنّما عيّن له التصرّف؛ ولأنّا لو جعلنا هذا إذنًا تعذّر على المولىٰ استخدام عبده؛ لأنّه يستخدمه بهذه الألفاظ؛ فلذلك لم يكن إذنًا.

وعلىٰ هذا، لو قال[1]: اشتر[2] من فلانٍ ثوبًا فاقطعه قميصًا، أو طعامًا ففعله، فهو كالأوّل؛ لِمَا بيّنا أنّه لم يفوّض الرأي إليه على الإطلاق، وإنّما هو استخدامٌ في العادة[3].

٢٨١٦ ـ فَصل: [بيع العبد مال مولاه والمولىٰ ساكت]

فأمّا إذا رأىٰ المولىٰ العبد يبيع متاعًا للمولىٰ أو لغيره فلم ينهه، كان إذنًا من المولىٰ للعبد في التجارة، ولا يجوز بيع العبد متاع المولىٰ ولا متاع غيره إذا لم يأذنا في بيع ذلك، وقد كان القياس أن لا يكون السكوت إذنًا؛ لأنّ الساكت قد يكون راضيًا وساخطًا، فلم يدل السكوت على الرضا.

وهذا هو القياس في البكر إذا سكتت؛ [لولا] قوله ﷺ: «**سكوتها رضاها**»[4]، وهو القياس في [الشفيع][5] إذا سكت، لولا قوله ﷺ: «**الشفعة**

---

(١) في ب (قالوا).

(٢) في ب (لو اشترىٰ).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٨٣/٨ وما بعدها.

(٤) رواه مسلم (١٤٢١)، من حديث ابن عباسٍ رضي الله عنهما.

(٥) في أ (البيع)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.



لمن واثبها، والساكت ليس بمواثب»[١].

وإنّما استحسنوا في سكوت المولىٰ؛ لأنّ العادة أنّه إذا أذن لعبده في التجارة لم يشهد علىٰ نفسه، وإنّما يتصرف العبد فلا ينهاه[٢]، فصار المعتاد كالمنطوق [به]؛ ولأنّ العبد يتصرّف بنفسه، وللمولىٰ حقٌّ في المنع، فسكوته عن الإنكار يجوز أن يكون إذنًا، كما أن المشتري يتصرف في ملك نفسه وللشفيع حقّ الاعتراض، فكان سكوته إسقاطاً لحقّه؛ ولأنّا لو لم نجعل سكوته إذنًا، كان ذلك تغريرًا بالناس؛ لأنّهم إذا عاينوا المولىٰ لا ينكر عليه بايعوه، فيؤدّي الغرور إلىٰ إسقاط حقّهم، وهذا لا يصحّ.

وأمّا إذا باع العبد مال مولاه، والمولىٰ ساكتٌ، فسكوته عن تصرّفه يتضمّن أمرين: أحدهما: الإذن في التجارة، والآخر: التوكيل في البيع، والإذن يثبت بالسكوت، والوكالة لا تثبت بالسكوت، فصار مأذونًا [له]، فلم يجز البيع، وكذلك لو رآه يبيع متاع الأجنبيّ، كان مأذونًا وإن لم يجز البيع.

ولا يقال: إنّ الملك إذا لم ينتقل بهذا العقد، فكيف يثبت به الإذن؟ لأنّ البيع بشرط الخيار يثبت بسكوت المولىٰ عند الإذن[٣]، [والوكالة لا تثبت بالسكوت، فصار مأذوناً له، ولم يجز البيع]، وإن كان لا ينقل الملك.

وعلىٰ هذا، لو رآه المولىٰ يشتري أو يبيع بيعًا فاسدًا فلم ينهه، فهو إذنٌ؛

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (١٧٦/٤)، وقال: (غريبٌ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح، وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث في باب كلام التابعين). ومثله في الدراية لابن حجر (٢٠٣/٢)

(٢) في ب (بلا شهادة).

(٣) (عند الإذن) سقطت من ب.



لأنّ البيع الفاسد ينقل الملك بانضمام القبض إليه، فهو كالصحيح.

٢٨١٧ - فَصْل: [الإذن للعبده بالتجارة]

ولو قال المولىٰ لعبده: أدّ إليّ الغلّة في كلّ شهرٍ خمسة دراهم، فهو إذنٌ في التجارة؛ وذلك لأنّه لا يتوصّل إلىٰ الغلّة إلا بالتصرّف، فصار الأمر بأداء الغلّة أمرًا بما لا يتمّ إلا به، وكذلك لو قال له: أدّ إليّ ألف درهم وأنت حرٌّ، أو قال: إذا أديت إليّ ألفًا فأنت حرٌّ؛ وذلك لأنّ العبد لا يقدر علىٰ [أداء] المال إلا بالتصرّف، فلمّا علّق حريته بأداء المال، كان ذلك إذنًا فيما يتوصّل به إلىٰ الأداء.

وإنّما ذكر في جواب الشرط «الفاء»، فقال: إذا أديت إليّ ألفًا فأنت حرٌّ؛ لأنّ «الفاء» جواب الشرط [٤٤٤/أ]، ولو لم يذكر الفاء فذكر الواو عتق في الحال.

وأمّا إذ لم يأت بالشّرط فقال: أدّ إلي ألفًا، فلا بدّ من الواو؛ لأنّه إذا قال: [أدّ] إليّ ألفًا، فأنت حرٌّ عتق في الحال، فلذلك ذكر محمدٌ «الفاء» مع الشرط، و«الواو» إذا لم يأت بالشرط (١).



(١) انظر: الأصل ٤٩٧/٨، ٤٩٨.

بَابُ
الدين الذي يلحق المأذونَ في التجارةِ

قال أصحابنا: إذا أذن لعبده في التجارة، فما لحقه من دينٍ من شراءٍ أو بيعٍ، أو استئجارٍ أو أجرةٍ، أو من غَصْبٍ، أو من وَدِيْعَةٍ، أو [من] مُضَارَبةٍ، أو [من] بِضَاعةٍ، أو [من] عَاريةٍ، فجحوده لشيءٍ[1] من ذلك، أو دابّةٍ عقرها، أو ثوبٍ خرقه، أو مهر جاريةٍ اشتراها فوطئها، فاستُحِقّت [عليه]، فهذا كلّه لازمٌ له يباع فيه، إلا أن يفديه مولاه[2].

قال ﵀: [وجملة هذا] أنّ كلّ تصرّفٍ يتضمّن الإذن، فما يلحقه فيه من الدين يتعلق برقبة المأذون، فيبيعه الحاكم فيه، إلا أن يفديه المولىٰ؛ وذلك لأنّه حقٌّ يمكن استيفاؤه من الرقبة، فإذا لزم العبد بسببٍ ثابتٍ في حقّ مولاه استوفىٰ من رقبته كالجناية؛ ولأنّ تصرّف العبد موقوفٌ علىٰ إذن المولىٰ، فلا يخلو: إمّا أن يكون وقوف[3] الإذن ليثبت الدين في رقبته، أو ليثبت في ذمّته، ولا يجوز أن يقف التصرّف علىٰ إذن المولىٰ ليثبت الدين في الذمّة؛ لأنّ المحجور لو تصرّف بغير إذن مولاه يثبت الدين في ذمته، فلم يبق إلا أن يكون التصرّف وقف ليثبت الدين في رقبته.

وقد قال أصحابنا: إنّ ديونه تُستَوفىٰ من اكتسابه ورقبته، ولا شبهة في

(١) في ب (لسائر)
(٢) انظر: الأصل ٥٣٦/٨.
(٣) في ب (وقف).



استيفائها من الكسب ؛ لأنّ الديون سببٌ[1] في حصول الاكتساب فيستوفىٰ منها كديون الحرّ.

وإذا ثبت أنّ الدَّيْنَ يتعلّق بالرقبة وهي مالٌ، بيعت فيه كالرهن.

وأمّا إن أدّىٰ المولىٰ الديون لم يجز البيع ؛ لأنّه لا حقّ للغرماء إلا في ذممهم، فإذا استوفوا، لم يبق لهم حقٌّ في المطالبة بالبيع.

وقد ذكر أبو الحسن جهات الديون المتعلّقة بالإذن: فذكر الشراء والبيع، وهذا مضمون الإذن، وذكر الاستئجار والإجارة من التجارة، وذكر الغصب، وهو ضمان مالٍ متعلّقٌ بالقبض، كالمقبوض علىٰ وجه بيعٍ فاسدٍ، والوديعة والمضاربة والبضاعة والعارية إذا جحدها: [فهي][2] غصبٌ، والمأذون يملك من التصرّف ما جرت به عادة التجار، وقد جرت عادتهم بقبول الودائع، وأخذ المضاربة والبضاعة، فما يلحق بذلك من الضمان يتعلّق بسبب إذن المولىٰ فيه، فيصير[3] كالبيع والشراء.

وأمّا المهر، إذا اشترىٰ جاريةً فوطئها ثم استُحِقّت، فهذا الضمان متعلّقٌ بعقد البيع، ألا ترىٰ أنّه لولا البيع لوجب عليه الحدّ، والضمان المستند إلىٰ البيع يلزم المأذون في الحال، وهذا لا خلاف فيه.

وإنّما اختلف أصحابنا في المأذون إذا أقرّ أنّه افتضّ جاريةً [بِكرًا] بإصبعه، فقال أبو حنيفة ومحمدٌ: لا يلزمه في الحال ؛ لأنّه غير متعلّقٍ بالتجارة، وقال أبو

---

(١) في ب (تثبت).

(٢) في أ (يبقىٰ) والمثبت من ب.

(٣) في ب (فهو).

يوسف: يلزمه في الحال؛ لأنّه مالٌ يتعلّق ضمانه بالفعل كالغصب.

و[قد] قال أبو حنيفة ومحمدٌ: فيمن غصب جاريةً بِكْرًا وذهب بعُذْرتها[1]، فإن ضمّنه المولىٰ نقصان البكارة بالغصب ضمنه في الحال، وإن ضمّنه بالوطء لم يلزمه حتىٰ يعتق؛ لأنّ الغصب ضمانه ضمان التجارة، والوطء ليس هو من ضمان التجارة[2].

٢٨١٨ ـ **فَصْل**: [اقتسام الغرماء ثمن العبد بالحصص]

[قال]: وإذا بيع العبد، اقتسم غرماؤه ثمنه بالحصص؛ وذلك لأنّ ديونهم[3] متعلّقةٌ برقبته، ويتحَاصّون[4] في بدله كغرماء الميت في تركته.

قال: ولا فرق بين أن تثبت ديونهم بإقرارٍ من العبد[5] أو ببيّنةٍ قامت عليه؛ لأنّ إقراره جائزٌ مع الإذن كإقرار الحرّ، ومعلومٌ أنّ ما لزم الحرّ بإقراره وبالبينة سواءٌ، فكذلك العبد.

قال: ولا يجوز بيع المولىٰ العبد إلا بإذن الغرماء له في ذلك، أو يقضي الدين، أو يكون القاضي هو الذي أمره ببيعه للغرماء؛ وذلك لأنّ الملك للمولىٰ، وللغرماء فيه حقٌّ، وفي بيعه إسقاط حقّهم، ألا ترىٰ [أنّهم] يختارون ترك البيع ليستوفوا الديون من الكسب، فإذا كان لهم حقٌّ في ذلك، لم يجز إسقاطه إلا

---

(١) في ب (فذهب بها ووطئها).
(٢) وتَحَاصّ: من الحصص، وأحصصته: أعطيته حصّةً.
«وتحاص الغرماء: أي اقتسموا المال بينهم حصصًا». المغرب؛ المصباح (حصص).
(٣) في ب (ديونه).
(٤) انظر: الأصل ٨/٥٣٦، ٥٣٧.
(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

بإذنهم، فإذا باع بغير إذنهم وقف البيع كما نقول في بيع الرهن والإجارة، فإن قضى المولى الديون نفذ البيع؛ ولأنّ القاضي ملك البيع، فإذنه للمولى في البيع كإذنه للأجنبيّ.

قال: ولو باع المولى بإذن بعض الغرماء لم يجز بيعه، إلا أن يجيز الباقون؛ وذلك لأنّ امتناع البيع حقٌّ لجماعتهم، فإذا أذن بعضهم فقد رضي بإسقاط حقّه، فبقي حقّ الآخرين بحاله.

قال: ولو رافعه[1] بعض الغرماء إلى القاضي، ومن بقي منهم غائبٌ، فباعه القاضي للحضور، جاز بيعه، ويدفع إلى الحضور حصّتهم من ثمنه، ويوقف حصّة الغُيّب حتى يحضروا فيأخذوا حقوقهم؛ وذلك لأنّ البيع حقٌّ لجماعتهم، فغيبة بعضهم لا تسقط حقّ الحاضرين، ولأنّ القاضي له ولايةٌ على الغائب فيما يؤدي إلى حفظ ماله، ونقل الدين من الرقبة إلى الثمن حفظٌ للمال؛ لجواز أن تتلف، فينفذ قول القاضي في البيع لمطالبة الحاضرين، [فيدفع][2] إلى من حضر حصّته؛ لأنّ البيع وقع لحقّه، وإنّما قصد بالبيع سلامة الحقّ من الثمن، ويقف نصيب الغائب؛ لأنّه ليس [له] من يملك [قبضه][3]، فيجعله القاضي في يد أمين.

قال: فإن قال العبد قبل أن يُبَاع: لفلانٍ عليّ كذا [وكذا]، وصدّقه المولى أو كذّبه، وفلانٌ غائبٌ، وأنكر غرماؤه الحضور، فإنّ العبد يُصدّق ويُبَاع، ويُوقف من ثمنه حصّة الغائب الذي أقرّ له العبد حتى يحضر.

---

(١) في ب (رفع).

(٢) في أ (لم يدفع) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

(٣) في أ (حصته)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

فإن ادعىٰ ما قال العبد[1] أخذ حقّه، وإن كذّبه قُسم ما وُقف من ثمنه بين الغرماء؛ لأنّ العبد ما لم[2] يبع علىٰ حكم الإذن، وإقرار المأذون بالدين جائزٌ؛ ولأنّ لزوم الدين لا يوجب الحجر في الإقرار، كالحرّ إذا لزمته الديون، لم يوجب [ذلك] الحجر [عليه] عند أبي حنيفة.

وعلىٰ قولهما: يحجر القاضي لأجل الدين، ولم يحجر [له] في مسألتنا، [فنفذ][3] الإقرار، ووجبت المحاصّة بنصيب المُقَرّ له، فإن حضر وصدّق العبد أخذ ذلك؛ لأنّ التصديق انضم إلىٰ الإقرار، فكأنّه صدّقه حين أقرّ، وإن كذّبه بطل الإقرار ووجب ردّ ما أقرّ [به] إلىٰ الغرماء.

قال: ولو لم يقرّ العبد حتىٰ بيع في الدين، ثمّ أقر بعد البيع، لم يجز إقراره وإن صدّقه المولىٰ؛ لأنّ البيع سببٌ للحجر، بدلالة أنّ الإذن كان ثابتًا في الملك الأول، وقد زال الملك الأول، فلم يجز تبقية الإذن في ملك من لم يأذن، فإذا صار محجورًا لم [ينفذ][4] إقراره.

قال: فإن قَدِم الغائب فأقام بيّنةً علىٰ حقّه، اتّبع الغرماء بحصّته فيما أخذ من الثمن، ولم يكن له علىٰ العبد ولا علىٰ مولاه البائع ولا علىٰ المشتري سبيلٌ [٤٤٤/ب]؛ وذلك لأنّ (ثبوت الدّين)[5] بالبينة لا يلحقها ثمنه[6]، فيثبت الدّين

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في أ (فنقف) والمثبت من ب.
(٤) في أ (ينقل) والمثبت من ب.
(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٦) في ب (تهمة).

بها ، وحقوق الغرماء تتعلّق بالثمن كتعلّق حقّهم بتركة الميت ، ومعلومٌ أنّ القاضي لو قسم التركة بين الغرماء ثم ظهر غريمٌ[1] آخر ، شاركهم[2] فيما قبضوا ، كذلك هذا.

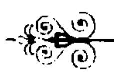
وإنما قالوا: إنّه لا سبيل لهم على العبد ؛ لأنّ الدين أُبطِل[3] من [رقبته][4] بالبيع ، فصار كعبدٍ لا دين عليه ، ولا سبيل على المشتري ؛ لأنّ الثمن الذي يتعلّق به حقّ الغرماء استوفي منه ، ولا سبيل لهم على المولى الأوّل ؛ لأنّه لم يكن له صنعٌ في القسمة ، وإنّما باع القاضي وقسم ، فلم يلزم المولى الضمان.

قال: وما لحق العبد من دينٍ من تجارته من سائر ما ذكرت لك ، فحقّهم[5] في رقبته وكسبه الذي في يده ، وما يحدث له من الكسب بعد ذلك ، وقد بيّنا أنّ الدين يتعلّق بالرقبة والاكتساب ، وإنما استوى [الكسب] الحاصل له قبل الدين وبعده ؛ لأن أكساب المأذون كتركة الحرّ ، ومعلومٌ أنّ ديون الحر تستوفى من أكسابه التي كانت في يده قبل لزوم الدين وما اكتسب بعد الدين ، كذلك هذا.

قال: وكذلك ما وُهب له أو تُصدِّق به عليه قبل لحوق الدين وبعده ، وقال زفر: الهبة للمولى لا حقّ للغرماء فيها.

وجه قولهم: أنّ الهبة من اكتساب العبد ؛ بدلالة أنّه يملكها بقبوله ، فصار كالاكتساب [بالشراء والبيع].

(١) في ب (طرأ شريك).
(٢) في ب (قاسمهم).
(٣) في ب (انتقل).
(٤) في أ (قيمته) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة.
(٥) في ب (فهو).




وجه قول زفر: أنّ الهبة ليست من المعاملة، وإنّما ملكها المولىٰ من جهة [الواهب]، فلم يتعلّق بها حقّ الغرماء كسائر أموال المولىٰ.

قال: ولو اكتسب العبدُ مالاً فأخذه المولىٰ، ثم لحقه دينٌ، سَلِم للمولىٰ ما أخذ [منه]، ولم يكن فيما أخذه المولىٰ شيءٌ من دين العبد؛ وذلك لأنّ المولىٰ يملك الكسب، فإذا أخذه من يد العبد فقد حجر عليه، ألا ترىٰ أنّ تصرّفه فيه لا يجوز، فصار كسائر أموال المولىٰ، فلا يتعلّق به الديون الحادثة.

قال: وإن كان [أخذ المولىٰ ما في يد العبد][1] وعليه دينٌ، فللغرماء أن يأخذوا من المولىٰ ما أخذه، وإن كان استهلكه [ضَمَّنُوه][2]؛ وذلك لأنّ ديونهم متعلّقةٌ بالكسب، فقد أخذ المولىٰ ما تعلّق حقّهم به، فيجب [عليه] ردّه أو ردّ عوضه، كما يجب ردّ الرهن إلىٰ المرتهن، وكما لو أخذ الوارث التركة وعلىٰ الميت دينٌ وجب عليه ردّها، واشترك في ذلك الغرماء الأولون ومن حدث له دينٌ بعدهم؛ وذلك لأنّ حال المأذون حالٌ واحدةٌ، فالمتقدّم من دينه والمتأخّر منهما سواءٌ كديون المريض.

قال: ولو كان المولىٰ يأخذ الغَلَّة من العبد في كل شهرٍ عشرة [دراهم]، حتىٰ أخذ مالاً كثيرًا، فإنّ هذا جائزٌ للمولىٰ، ولا يرجع الغرماء عليه بشيءٍ؛ لأنّه قبض غلّة مثله، وهذا استحسانٌ، وكان القياس أن لا يجوز قبضه للغلّة مع وجود الدَّيْن؛ لأنّ ما يُقبَض من جملة الكسب، وحقّ الغرماء مقدّمٌ علىٰ حقّ المولىٰ في الاكتساب.

---

(١) في أ (المولىٰ أخذها من يد العبد) والمثبت من ب.

(٢) في أ (ضمنه) والمثبت من ب.

وإنّما استحسنوا إذا أخذ غلّة مثله أن يجوز ؛ لأنّ في ذلك منفعةً للغرماء ، ألا ترىٰ أنّه إذا أخذ الكسب بقاه علىٰ التصرّف واكتسب لهم ، فإذا لم يأخذ الغلّة حجر عليه [فانقطع الاكتساب] [1] ، وإذا كان في ذلك منفعةٌ لهم [2] كان جائزًا ؛ ولأنّ الغلّة بدلٌ عن المنفعة ، ولو استخدمه جاز ، فكذلك إذا أخذ عوضها .

فإن أخذ أكثر من غلّة مثله ردّ الفضل علىٰ الغرماء ؛ لأنّ الزيادة ليس في مقابلتها شيءٌ ، فيصير كأنّه أخذها بغير عوضٍ .

قال : وإذا أذن الرجل لأمته في التجارة ، فلحقها دينٌ ، وقد ولدت ولدين : أحدهما قبل أن يلحقها دينٌ ، والآخر بعدما لحق الدين ، فإنّ الغرماء يثبت دينهم فيما ولدت بعد الدين ، فيباع معها ، ولا يباع ما ولدت قبل الدين في [دينها] [3] .

ولو كان وُهِب لها هبةٌ ولا دين عليها ، ولم يقبضه المولىٰ حتىٰ لحقها دينٌ ، فإنّ الدين يلحق الأمة وما وُهِب لها وإن كانت الهبة قبل أن يلحق الدين ؛ وذلك لأنّ الدين حقٌّ مستقرٌّ في الرقبة ؛ بدلالة أنّه ينتقل إلىٰ القيمة ، والحقوق المستقرّة في الرقاب تسري إلىٰ الأولاد ، كالاستيلاد والتدبير ؛ فلذلك دَخَل الولد الحادث بعد الدين .

وأما الولد قبل الدين فلم يكن في الرقبة حقٌّ يسري إليه ، فإذا حدث [4] الدين بعده في الرقبة ، فالولد منفصلٌ لم تثبت السراية مع الانفصال .

(١) في أ (كالقطع للاكتساب) والمثبت من ب .

(٢) في ب (منفعتهم) .

(٣) في أ (ذمتها) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٤) في ب (تجدد) .

وليس كذلك الموهوب والكسب؛ لأنّ الدين لا يتعلّق به من طريق السراية، وإنّما يتعلّق به لأنّه كسب المديون، (والكسب الأوّل والآخر سواءٌ، يبيّن الفرق بينهما أن الأمة لا تملك بيع ولدها وتملك بيع كسبها، فما لا تملك بيعه لا يتعلّق به الدين إلا على وجه السراية)(١).

قال: وما وجب لها من أرشٍ(٢) [هو] كالولد؛ وذلك لأنّ الأرش ليس من كسبها، وإنّما يتعلّق به الدين لتعلّقه بالرقبة، فما كان من أرشٍ قبل الدين لم يتعلّق به حقّ الغرماء، وما كان من أرشٍ بعد الدين تعلّق به حقّهم.

قال: وإذا أذن لعبده في التجارة ودفع إليه مالاً يعمل به، فباع واشترى، ولحقه دينٌ، فإنّه لا يكون في المال [الذي] دفعه إليه المولى من دينه شيءٌ، والمولى [أحقّ](٣) بما دفع إلى العبد؛ وذلك لأنّ الدين إنما يتعلّق بأكساب العبد، وهذا مالٌ للمولى ليس بكسبٍ، فصار كسائر أموال المولى؛ ولأنّ المولى لم يرض بتعلّق حقّ الغرماء بهذا المال، فلم يتعلّق به.

قال: وإن أقرّ العبد بجنايةٍ على عبدٍ أو حرٍّ، أو بمهرٍ وجب عليه بنكاحٍ جائزٍ أو فاسدٍ أو بشبهة نكاحٍ، فإقراره باطلٌ لا يلزمه حتى يعتق؛ لأنّ المأذون يملك الإقرار بالتجارة وما كان من أنواعها، والجناية والتزويج ليسا من التجارة في شيءٍ، فإقراره فيها كإقرار المحجور.

---

(١) ما بين القوسين في ب (ولهذا يملك المأذون بيعه، والولد ليس من كسبها، بدلالة أنّها لا تملك بيعه، فلا يتعلق به الدين إلا على وجه السراية).

(٢) الأَرْش، والجمع أُرُوش: الدية، ومنه: أرش الجراحات، وأرش الكسور. انظر: المغرب؛ معجم الفقهاء (أرش).

(٣) في أ (أذن)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

قال: فإن صدّقه المولىٰ جاز عليه ولم يجز علىٰ الغرماء؛ وذلك لأنّ تصديق المولىٰ يجوز في حقّه، ولا يجوز في حقّ غيره[1].

قال: فإن قامت علىٰ العبد بيّنةٌ: بأنّه تزوّج بإذن مولاه[2]، لزمه المهر، تحَاصّ به المرأةُ الغرماءَ؛ وذلك لأنّ هذا الدين لزمه بسببٍ ثابتٍ في حقّه وحقّ مولاه، فهو كالدين اللازم بالبيع؛ ولأنّ دخول البضع في ملكه متقوّمٌ، فتحاصّ المرأة في عوضه، [٤٤٥/أ] كما تحاصّ بثمن المبيع.

قال: فإن أقرّ بوطء أمةٍ بنكاحٍ، وجحد المولىٰ، فإقراره باطلٌ حتىٰ يعتق؛ وذلك لأنّه لا يملك الإقرار بالنكاح؛ لأنّ الإذن لم يتناوله، فصار فيه كالمحجور.

قال: وكذلك لو أقرّ أنّه افتضّها بأصبعه غصبًا، كان إقراره باطلاً في قياس قول أبي حنيفة ومحمدٍ، وفي قياس قول أبي يوسف: إقراره جائزٌ، كان عليه دينٌ أو لم يكن [عليه]، ويضرب مولاها بمهرها مع الغرماء.

وجه قولهما: أنّ هذا إقرارٌ بجناية؛ بدلالة أنّه إتلاف جزءٍ من الآدمي لا يتعلّق بسبب التجارة، فصار كالإقرار بسائر الجنايات.

ولهذا قال أبو حنيفة في المأذون: إذا غصب جارية ثم افتضّها بإصبعه، فأراد مولاها تضمينه بالغصب، قُبِل إقراره؛ لأنّ ضمان الغصب من التجارة، وإن أراد تضمينه بالافتضاض، لم يكن له ذلك؛ لأنّه جنايةٌ، فلا يثبت بإقراره.

وكذلك قال في المأذون يتزوّج جاريةً بغير إذن مولاها [وينقلها][3] إلىٰ

(١) في ب (علىٰ غيره).

(٢) في ب (سيده).

(٣) في أ (في نقلها) والمثبت من ب.

منزله، فافتضّها وهي بِكْرٌ: إنّ لمولاها أن يضمّنه النقصان بنقلها، وليس له أن يضمّنه بالافتضاض.

وجه قول أبي يوسف: أنّ هذا الضمان يجري مجرىٰ ضمان الغصب دون ضمان الجناية، بدلالة أنّه لو ثبت بالبينة لزم المولىٰ [بيعه فيه]، وضمان الأموال يثبت بإقرار المأذون، فيصير[1] كسائر الديون[2].



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٥٣٧ وما بعدها.




بَابُ
شراء المأذونِ وبيعِهِ

[قال]: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، فاشترىٰ وباع فيما يتغابن[1] الناس فيه، [فهو] جائزٌ [في] قولهم؛ لأنّه تصرف علىٰ عادة التُّجار، وهذا القدر من الغبن يتفق للتجار[2].

وأمّا إذا باع واشترىٰ فنقص في البيع نقصانًا كثيرًا لا يتغابن فيه، أو زاد في ثمن[3] المشترىٰ زيادةً كبيرةً، فذلك جائزٌ في قول أبي حنيفة، وقالا[4]: لا يجوز.

(١) يتغابن: من غَبَن، النقص، ومنه قيل: غَبَن فلان ثوبه، إذا أثنىٰ طرفه وخاطه.
والغَبْن عند الفقهاء: هو النقص في أحد العوضين: بأن يكون أحدهما أقل مما يساوي البدل الآخر عند التعاقد. ومن ثَمَّ فالغبن: هو كون المقابلة بين البدلين غير عادلة؛ لعدم التساوي بين ما يأخذه أحد العاقدين، وبين ما يعطيه.
وهو عند الفقهاء نوعان: يسير وفاحش، فاليسير: هو ما يتغابن الناس في مثله عادة، أي: ما يجري بينهم من الزيادة والنقصان، ولا يتحرزون عنه، وعلىٰ ذلك عرفوه بأنه: «ما لا يخرج عن تقويم المقومين»، أي: تقدير أهل الخبرة في السوق السالمين من الفرض، ولا تكاد تخلو عنه المعاملات في الغالب.
والفاحش: هو ما لا يتغابن الناس عادة، أي: ما يتحرّزون عنه من التفاوت في المعاملات، وعلىٰ ذلك عرّفوه بأنه: «ما يخرج عن تقويم المقومين». انظر: المغرب؛ المصباح؛ التعريفات (غبن)؛ درر الحكام شرح المجلة ١/١١٣؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (غبن).

(٢) في ب (في التجارة).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (وقال أبو يوسف).



لأبي حنيفة: أنّ المأذون يتصرّف لنفسه؛ بدلالة أنّه لا يرجع بالديون على مولاه، فجاز تصرفه بالقليل والكثير كالحرّ؛ ولأنّه مأذونٌ في جميع البياعات، ولو لم يجز تصرّفه بما لا يتغابن فيه، لصار تصرّفه خاصًا، وهذا لا يصحّ.

وقد قال أبو حنيفة في الوكيل بالبيع: إذا باع بالقليل والكثير جاز، وقال في الوكيل بالشراء: لا يجوز شراؤه إلا بزيادةٍ يسيرةٍ، وقال في المأذون: إنّ الشراء والبيع سواءٌ.

والفرق بينهما: أنّ الوكيل بالبيع يتصرّف بالأمر، فاعتُبِر عموم الأمر، والوكيل بالشراء يتصرّف من طريق الحكم، فصار كالوصيّ والأب، وأمّا المأذون فإنه يشتري ويبيع لنفسه، فحكم أحد الأمرين حكم الآخر.

ولأنّ الوكيل بالشراء ينتقل المبيع إليه، وينتقل منه إلى الموكل، فتلحقه تهمه في الزيادة، (والمأذون يلزمه اليمين دون المولى، فلا يلحقه تهمةٌ في الزيادة)[1].

وجه قولهما: أنّ المغابنة الكثيرة تبرّعٌ؛ بدلالة أنّها في حال المرض من الثلث، فصارت كالهبة، والمأذون لا يملك الهبة، كذلك المغابنة.

والصبي المأذون كالعبد المأذون؛ لأنّه يتصرف لنفسه، وعلى قولهما: لا يصح تبرّعه، فلا يجوز حطّه.

قال: ولو اشترى المأذون عبدًا بألفٍ، [وقبضه]، ونقد الدراهم، ثم باعه بجاريةٍ أو بعوضٍ، فبيعه[2] جائزٌ، وكذلك بيعه المكيل والموزون إذا كان بعينه

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

أو بغير عينه؛ لأنّه يتصرّف على عادة التُّجَّار، ومن عادتهم أن يبيعوا بالأثمان والسلع.

ولو أسلم شيئًا ممّا في يده من عروضٍ أو طعامٍ، جاز؛ وذلك لأنّ السَّلَم قد يكون أنفع من البيع، وإذا جاز له البيع، فكذلك السَّلَم.

ولو قبل السَّلَم، جاز؛ لأنّ التجار يقبلون السَّلَم لينتفعوا بالأثمان، ويتأخر عنهم العوض، وللمأذون غرضٌ صحيحٌ في ذلك، فجاز له. [والله أعلم][1].



(١) انظر: الأصل ٨/٥٦٠ وما بعدها.



بَابُ
تأخير دين العبدِ المأذون له

قال: وإذا وجب للمأذون [دينٌ] على رجلٍ آجره[1]، فأخّره سنة، جاز؛ وذلك لأنّه لو قبضه ثم باعه نسيئةً جاز، فإذا أخره ابتداءً، جاز؛ ولأنّ التأخير يؤدي إلى الاستيفاء؛ لأنّه قد لا يمكن مَن عليه الدين توفيته عاجلاً؛ ولأنّه يتصرّف على عادة التجار، ومن عادتهم التأخير.

قال: ولو صالح على أن أخّر ثلثاً سنةً، وقبض ثلثًا، وحطّ ثلثاً، كان التأخير جائزًا والحطّ باطلاً؛ لأنّ الحط هبةٌ، وهو لا يملك الهبة، وليس كذلك التأخير؛ لأنّ الدين بحاله لا يسقط منه شيءٌ.

قال: ولو وجب له مالٌ [بقرضٍ][2]، فأخّره لم يجز التأخير؛ لأن الحر لا يجوز تأخيره للقرض، فالعبد أولى، فإذا وجب للمأذون ولرجلٍ آخر على رجلٍ ألف درهمٍ هما فيه شريكان، فأخّر العبدُ نصيبه سنةً[3]، فالتأخير باطلٌ في قول أبي حنيفة، [وقال أبو يوسف ومحمدٌ: التأخير جائزٌ.

وجه قول أبي حنيفة]: أنّه لا يخلو: أن يؤخّر نصيب [نفسه] خاصّةً، أو يؤخّر نصف الدين من الدينين[4]، ولا يجوز أن يؤخّر نصيبه خاصةً؛ لأنّ ذلك

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (بعوض)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) في ب (منه).

(٤) في ب (النصيبين).



قسمة الدين حال كونه[1] في الذمّة، وقسمة الدين في الذمّة لا يجوز.

والدليل على أنّ ذلك قسمةٌ؛ أنّ أحدهما ينفرد بمقدارٍ من الدين لا شركة للآخر فيه.

وجه قولهما: أنّ التأخير إسقاط للمطالبة في وقتٍ معلومٍ، فهو كالبراءة التي تسقط المطالبة في جميع الأوقات، ولو أبرأ أحد الشريكين من نصيبه جاز، وكذلك إذا أخّر.

ثم فرّع على قولهما، فقال: إذا أخذ [الذي][2] لم يؤخّر قبل حلول الأجل شيئًا، فهو له خاصّةً، لا شركة فيه للعبد؛ وذلك لأنّ العبد أسقط حقّه بالتأخير، فلم يثبت له حقّ المطالبة، فإن حلّ الأجل، وقد استوفى شريكه، فالعبد بالخيار: إن شاء أخذ من شريكه نصف ما أخذ، ثم رجع على الغريم بما بقي، وإن شاء أخذ حقّه من الغريم؛ وذلك لأنّ الأجل إذا انقضى صار المال حالًّا، والدين الحالُّ بين الشريكين إذا قبض أحدهما بعضه فشريكه بالخيار: إن شاء أجاز قبضه ورجع على الغريم، وإن شاء شاركه في المقبوض؛ لأنّه قبض ما تعلّق حقّه به.

قال: فإن قبض العبد قبل الأجل ما أخّره، كان للشريك أن يأخذ نصف ما أخذ؛ لأنّه لمّا قبض [فقد] أسقط الأجل فيه، فصار كالدين الحال إذا أخذ بعضه.

قال: ولو كان دينهما في الأصل إلى سنةٍ، فأخذ أحدهما شيئاً قبل محل الأجل، دخل معه صاحبه فأخذ منه نصفه؛ لأنّ الغريم لما دفع، فقد رضي بإسقاط الأجل، فصار كالمال الحالّ.

(١) (حال كونه) سقطت من ب.

(٢) في أ (الدين)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

قال: ولو كان المال كلّه لهما إلىٰ سنةٍ (علىٰ الغريم، فأخّره العبد سنةً)[1] أخرىٰ، كان تأخيره جائزًا في قول أبي يوسف ومحمدٍ، فإن أخذ شريك العبد من الغريم نصيبه من السنة الأولىٰ، لم يكن للعبد أن يرجع فيما [٤٤٥/ب] أخذ شريكه بقليلٍ ولا كثيرٍ حتىٰ يحلّ دينه، فإذا حلّ دينه أخذ من شريكه نصف ما أخذ؛ لأنّه لمّا أجّل حقّه سقطت مطالبته، فلم يجز أن [يشركه][2] في المقبوض مع ثبوت الأجل، فإذا جاء الأجل صار [كأنّ] المال حالٌّ [بالبيع] في الأصل، فله الخيار: بين تضمين القابض، وبين تضمين الغريم. [والله أعلم].



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (يشرط)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

بَابُ
وكالة المأذون له في التجارة بالبيع ووكالة الحرّ له بالشراء

قال أبو يوسف ومحمدٌ: إذا أذن الرجل لعبده في التجارة، وأمره رجلٌ أن يشتري له عبدًا أو أمة أو طعامًا أو غير ذلك بألف درهمٍ نقدًا، ولم يدفع إليه الألف، أو دفعها إليه فاشترىٰ له العبد [علىٰ] ما أمره به، فالشراء جائزٌ، والعُهْدَة(١) عليه.

وليس هذا كمال الكفالة(٢)، وقد كان القياس عندهما أن لا تجوز الوكالة؛ وذلك لأنّ المأذون إذا ابتاع لزمه الثمن في ذمّته، وحصل المبيع ملكًا لغيره، فيصير كالكفيل عن الموكل بالثمن، وكفالة المأذون لا تجوز، وكذلك وكالته.

وإنما استحسنوا إذا وكّله أن يشتري بالنقد؛ لأنّ المبيع ينتقل إلىٰ الوكيل ويثبت له حقّ الحبس حتىٰ يستوفي الثمن، فيصير كالبائع.

ويفارق ذلك الكفالة؛ لأنّها تبرعٌ، ألا ترىٰ أنّ حقّ الكفيل لا يتعلّق بعينٍ يتوثّق بها، وفي مسألتنا يتعلّق الدين بعين المبيع، فيخرج من معنىٰ التبرع.

قال: ولو كان الآمر أمر العبد أن يشتري له ذلك نسيئةً، فاشترىٰ العبد ذلك

---

(١) العُهْدَة: ـ من العَهْد ـ الذي يَرِدُ بمعنىٰ الإلزام والالتزام.
والمقصود بالعهدة: الضمان والكفالة. فتعني: تضمين كل عيب يحدث في المبيع. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٤٩؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (عهد).

(٢) في ب (وليس هذا كالكفالة).

كما أمره [الآمر][1] جاز[2] جميع ما اشترىٰ العبد من ذلك للعبد، ولا شيء للآمر؛ وذلك لأنّ الشراء للموكل بثمن [نسأ][3] لو صح لم يملك العبدُ حبس ذلك المبيع، ولزمه تسليمه، وصار الثمن دينًا عليه للبائع، ويثبت له علىٰ الموكل مثله، فيصيرُ في معنىٰ الكفالة، وكفالة العبد لا تجوز إلا أن يأذن فيها المولىٰ ولا دين عليه، فإذا [لم] يصحّ له الشراء بالوكالة، صار مشتريًا لنفسه.

قال: ولو وكّل المأذون رجلاً ببيع شيءٍ مما في يده، أو شراء شيءٍ، فهو جائزٌ، وهو في ذلك بمنزلة الحرّ؛ وذلك لأنّ الإذن ينصرف إلىٰ العادة بين التُّجَّارِ، ومن عادتهم التوكيل؛ ولأنّ الإنسان لا يقدر أن يتولىٰ جميع العقود بنفسه، بل يحتاج إلىٰ من يتولاها له، فالمأذون والحرّ في ذلك سواءٌ.

قال: وإذا دفع رجلٌ إلىٰ المأذون جاريةً يبيعها نقدًا أو نسيئةً، فالبيع جائزٌ؛ وذلك لأنّ العبد لا يلحقه في البيع ضمانٌ في الحال، فلم يكن في معنىٰ الكفالة، فلذلك جاز؛ ولأنّ المحجور لو وكّل بالبيع جاز بيعه، فالمأذون أولىٰ، إلا أنهما مختلفان في أنّ المحجور لا يتعلّق به الحقوق في الحال؛ لأنّه لا يملك التصرّف في حقّ مولاه، والمأذون يملك التصرف، فتتعلّق به الحقوق.

ولا يجوز أن يقال: إنّه يلحقه ضمان[4] الدَّرَك، وهذا بمعنىٰ الكفالة؛ لأنّ

---

(١) في أ (المولىٰ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة، لأنّ الكلام عن الآمر عموماً وإن لم يكن المولىٰ.

(٢) في ب (كان).

(٣) في ب (سبب) والمثبت من ب.

(٤) ضَمَان الدَّرَك، «والدَّرَك ـ بفتحتين وسكون الراء لغة ـ: اسم من أدركت الشيء، ومنه: ضمان الدرك: ضمان البائع بردّ الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، بأن يقول: تكفلت أو ضمنت=

ذلك يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون ، فلا يبطل العقد في الحال بالتجويز .

وليس كذلك الوكالة بالشراء نسيئةً ؛ لأنّ الضمان يلزمه في الحال ؛ فلذلك لم يجز الشراء للموكِّل(١) .

= بما يدركك في هذا المبيع .

انظر : المصباح ؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (درك) .

(١) في ب (للوكيل) .

بَابُ
عتقِ المولى عبدَه المأذون ورقيقَه والدَّعوى في ذلك

قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، فلحقه دينٌ، ثم أعتقه المولىٰ، فعتقه جائزٌ، فإن كان الدين أقلّ من القيمة، ضمن الدين لغرماء العبد، وإن كان الدين أكثر من قيمته، غَرِم قيمته، وإن كان قيمته[1] عشرين ألفًا، غرم ذلك كلّه إن علم بالدين أو لم يعلم، واتبع العبدَ الغرماءُ بما بقي من دينهم، فأخذوا منه.

أمّا جواز العتق؛ فلأنّ العبد علىٰ ملكه وهو صحيح القول، وإنّما تعلّق حقّ الغرماء به؛ وذلك لا يمنع من وقوع العتق كعبد الرهن؛ ولأنّ تعلّق حقّ الغرماء ليس بأكثر من حقّ أحد الشريكين، فإذا لم يمنع ذلك العتق، فلأن لا يمنع حقّ الغرماء أولىٰ.

وأمّا وجوب الضمان علىٰ المولىٰ؛ فلأنّه أتلف ما تعلّق [به] حقّ الغرماء؛ بدلالة أنّه لو لم يعتق ثبت لهم [حقّ] بيع العبد واستيفاء [الدين][2] من ثمنه، وقد فوّت ذلك عليهم، فلزمه الضمان كالراهن (إذا أعتق عبد الرهن)[3].

وإنّما لزم المولىٰ الأقلّ من قيمته ومن الدين؛ لأنّ الدين إذا كان [أكثر][4] من القيمة، فلم يتلف عليهم إلا مقدار الدين، فلا يلزمه ضمان ما زاد علىٰ ذلك.

---

(١) في ب (قيمة العبد).

(٢) في أ (الثمن)، والمثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في أ (أقل)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

وإنّما ضمن قيمته بالغةً ما بلغت ؛ لأنّ هذا ضمان مالٍ وليس بضمان جنايةٍ ، وضمان العبد بالمال لا يتقدّر ، وإنما يتقدّر بالجناية.

وإنّما استوىٰ في ذلك العلم والجهل ؛ لأنّ هذا ضمان استهلاكٍ ، فيستوي فيه العلم والجهل.

وأمّا ما زاد علىٰ قدر قيمته من الدين ، فإن الغرماء يتبعون المعتق به ؛ وذلك لأنّ الدين في ذمّة العبد ، وإنّما لزم المولىٰ منه مقدار ما أتلف من الرقبة ، فما زاد علىٰ ذلك باقٍ في الذمّة علىٰ ما كان عليه.

قال: وإن كان قتل عبدًا أو حرًا فأعتقه مولاه وهو يعلم بذلك ، كانت عليه قيمة العبد المقتول بالغةً ما بلغت ، وإن كان أكثر من قيمة عبده ، إلا أن تكون عشرة آلاف أو أكثر ، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة [دراهم] ، وإن كان المقتول حرًا غرم المولىٰ ديّة الحرّ ؛ وذلك لأنّ الجناية لازمةٌ للمولىٰ في رقبة العبد ؛ بدلالة أنّ المولىٰ هو المخاطب بها دون العبد ، ولو [لم] يعتق العبد لم يلزمه شيءٌ عنها ، فإذا أعتق مع علمه بها ، وقد كان مخيرًا بين الدفع والفداء ، فمنع الدفع بالعتق ، فتعيّن عليه الفداء ، فلزمه ذلك باختياره ؛ فلذلك لزمه إن زاد علىٰ قيمة عبده.

قال: وإن كان لا يعلم بالجناية ، غرم المولىٰ قيمة عبده لأولياء الحر ، إلا أن يبلغ عشرة آلاف ، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة [دراهم] ، وإن كان المقتول عبدًا غرم المولىٰ الأقلّ من قيمة عبده ومن قيمة المقتول ، إلا أن تكون [القيمة](١) عشرة آلاف أو أكثر ، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة.

ولا يشبه ذلك (قتل الدابّة)(٢) ، وغصب الأموال ؛ وذلك لأنّ المولىٰ إذا

(١) في أ (أقل القيمة) بزيادة (أقل) ، وقد سقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها.
(٢) في ب (الدية).

أعتق عبده وهو لا يعلم بجنايته، لم يصر مختاراً؛ لاستحالة أن يثبت الاختيار مع عدم العلم، فلم يبق [إلا] إتلاف الرقبة التي تعلّقت بها الجناية، فيغرم الأقلّ من قيمتها ومن ديَة الحرّ، أو قيمة العبد على ما ذكره[1] في ضمان الأموال، إلا أن يكون أقلّ القيمتين عشرة آلاف فصاعدًا، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة [دراهم]؛ لأنّ قيمة العبد بالجناية لا تبلغ دية الحرّ، وليس كذلك ضمان المال؛ لأنّه لا يتقدّر، فيضمن قيمة عبده بالغةً ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها.

وقالوا جميعًا: إذا كان [٤٤٦/أ] قيمة المأذون عشرين ألفًا، فأَدَان دينًا كثيرًا يحيط بقيمته (وجنى جناياتٍ تحيط بقيمته)[2]، فأعتقه [المولى] وهو لا يعلم بالجناية، فإنّه يغرم لأصحاب الدين قيمته كاملةً، علم بالدين أو لم يعلم، ويغرم لأصحاب الجناية عشرة آلاف إلا عشرةً إذا لم يعلم، ولا يدخل أصحاب الجناية في قيمة أصحاب الدين، ولا أصحاب الدين في قيمة أصحاب الجنايات[3].

وإن كان المولى أعتق العبد وهو يعلم بالجنايات، ضمن الجنايات كلّها، ولم تدخل في قيمة أصحاب الدين.

وإنّما ضمن المولى لأرباب الدين؛ لما ذكرنا أنّه يُتلف عليهم الرقبة التي ثبت لهم (استيفاء بدلها بدينهم، ويضمن لأصحاب الجناية؛ لأنّه منع من تسليمها في الجناية، وقد كان ثبت لهم)[4] حقّ التسليم أو الفداء[5].

---

(١) في ب (ذكرنا).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (الجناية).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في ب (البدل).

فإن قيل: لو قتل أجنبيٌّ هذا العبد لزمته قيمةٌ واحدةٌ، فإذا أتلفه المولىٰ بالعتق ألزمتموه (قيمته لأصحاب الدين، وألزمتموه)[1] بدلاً آخر لأرباب الجناية، (وأقلّ أحوال المولىٰ أن يكون كالأجنبيّ)[2].

قيل له: المولىٰ مفارقٌ للأجنبي؛ لأنّه كان يلزمه حقٌّ لأرباب الجناية[3]، وهو الدفع أو الفداء، ويلزمه حقٌّ لأرباب الدين، وهو البيع [في دينهم، إلا أنّ حقّ أولياء الجنايات مقدّمٌ، فيدفع إليهم إن اختار عوض الدفع]، ثم يباع في أيديهم لحقّ الغرماء، فلمّا أعتق المولىٰ أبطل حقّين[4] لزمه كلّ واحدٍ منهما، وكان عليه عوضٌ لهؤلاء وعوضٌ لهؤلاء حين منع بالعتق ما لزمه من الحقّين، فأمّا الأجنبي، فلم يلزمه حقٌّ لهم، وإنّما أتلف ملك غيره، فلزمه البدل بالإتلاف، ولا يجب بالإتلاف أكثر من قيمةٍ واحدةٍ.

وإنّما لم يشارك أرباب الجناية أرباب الدين، ولا أرباب الدين أرباب الجناية؛ لأنّ محلّ[5] كلّ واحدٍ من الحقّين مخالفٌ لمحلّ الآخر، وحكمه مخالفٌ له، ألا ترىٰ أنّ الجناية متعلّقةٌ بالرقبة، ويخاطب المولىٰ بالدفع أو بالفداء، والدين متعلّقٌ بالذمّة، فقد اختلف محلّ الحقّ، واختلف الحقّ في نفسه؛ لأنّ الجناية لازمةٌ للمولىٰ في رقبة العبد، والدين لازمٌ للعبد، والاشتراك إنّما يكون في الحقوق المتساوية؛ ولأنّ العبد لو لم يعتق لم يشترك أرباب الدين وأرباب الجناية فيه، بل ينفرد حقّ أحدهما عن الآخر، ألا ترىٰ أنّه يُدفَع بالجناية،

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) هذه العبارة في ب (قيل له: لأنّ المولىٰ وجب عليه حقٌّ لأرباب الجنايات).

(٤) في ب (حقه).

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.



ثم يبيعه أرباب الدين، فإذا لم يشتركوا في رقبته(١)، فكذلك في عوضها.

وإذا أذن الرجل لعبده المُدبَّر في التجارة، أو لأمّ ولده، فلحق واحدًا منهما دينٌ كثيرٌ، ثم إنّ المولىٰ أعتق المدبر وأعتق أمّ الولد، فعتقه جائزٌ، ولا ضمان عليه من الدين، ولا من قيمة المدبر ولا أمّ الولد؛ وذلك لأنّ الغرماء لم يثبت لهم حقٌّ في ثمنهما، ألا ترىٰ أنّه لا يجوز [لهم] بيعهما، وإنّما كان حقّهم متعلقًا بالذمّة، فإذا أعتق المولىٰ فلم يبطل حقًا لهم، بل قويت لهم الذمّة التي تعلّق بها الحق؛ لأنّ ذمة الحرّ أقوىٰ من ذمّة المملوك، وإذا لم يتلف بعتقه حقًا لهم لم يلزمه الضمان.

قال أبو حنيفة: إذا لحق المأذون دينٌ كثيرٌ أو قليلٌ، ثم أعتق المولىٰ أمةً من رقيقه، فعتقه باطلٌ، كان الدين قليلاً أو كثيرًا، ثم رجع أبو حنيفة بعد ذلك فقال: إن كان الدين كثيرًا يحيط برقبة العبد وبجميع ما في يده فعتقه باطلٌ، وإن كان في قيمته وفيما في يده فضلٌ عن دينه، عتقت الجارية التي أعتقها المولىٰ، وضمن قيمة الجارية المُعتَقة، فإن كان معسرًا كانت القيمة دينًا علىٰ الجارية المعتقة، [ويضمن]، ويرجع بذلك علىٰ الذي أعتقها في قياس قول أبي حنيفة، وكذلك التدبير.

وقال أبو يوسف: عتقه وتدبيره جائزٌ، ويضمن المولىٰ قيمة الجارية المعتقة للغرماء إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا فللغرماء أن يضمّنوا الجارية، ويرجع بذلك علىٰ المولىٰ.

وهذا مبنيٌّ علىٰ أصلٍ: وهو أنّ المولىٰ عند أبي حنيفة لا يملك اكتساب عبده إذا كان عليه دينٌ مستغرقٌ، وكان قوله الأوّل: إنّه لا يملك وإن كان الدين

(١) في ب (رقبة العبد).



غير مستغرقٍ.

وقال [أبو يوسف ومحمدٌ][1]: هو مالكٌ في الوجهين:

أمّا وجه قوله الأوّل: فلأنّ المولىٰ يملك الأكساب من جهة عبده، وتعلّق حقّ الغرماء يمنع من الانتقال قليلاً كان الحقّ[2] أو كثيرًا، كما يمنع الدين من انتقال الملك في الرهن وإن كان أقلّ منه.

وأمّا وجه قوله الثاني: فلأنّ الأكساب تنتقل إلىٰ العبد، ومن جهته تنتقل إلىٰ مولاه من طريق الحكم، كما ينتقل من الميت إلىٰ ورثته، ومعلومٌ أنّ دين الميت إن كان مستغرقًا منع الانتقال، وإن كان غير مستغرقٍ لم يمنع، فكذلك دين العبد؛ ولأنّ الدين إذا لم يستغرق لا يخلو إمّا أن يمنع الانتقال في قدره أو في كلّ الكسب، ولا يجوز أن يمنع في جميع الكسب؛ لأن المانع هو الدين، فما فضل عن الدين لا معنىٰ يمنع من الانتقال.

ولا يجوز أن يمنع الانتقال في بعض الكسب دون بعضٍ؛ لأنّ حكم الأكساب حكمٌ واحدٌ، فلا تتبعّض في الانتقال.

وجه قولهما: أنّ المولىٰ مالك لكسب عبده، كما يملك [رقبة عبده، ومعلومٌ أنّ الدين لا يغير ملكه] في الرقبة، فكذلك في الأكساب، فإذا ثبت أن المولىٰ لا يملك ما في يده لم ينفذ عتقه فيه.

وعلىٰ قولهما: هو مالكٌ للكسب، إلا أنّ حق الغرماء يتعلّق به بعد العتق،

---

(١) في أ (قالا)، والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

[فينفذ العتق، ويغرم]، ويضمن.

وأمّا إذا كان معسِرًا، فللغرماء أن يستسعوا المُعتَق؛ لأنّ الرقّ كان حقّهم متعلّقًا به فسُلِّم للمُعتَق، فصار المولىٰ كالغاصب، والمُعتَق كغاصب الغاصب، وإنّما رجع المُعتَق بما غرم؛ لأنّه لزمه قضاء دينه من طريق الحكم، ولأنّه هو الذي أدخله في هذا الضمان، فكان عليه غرمه.

٢٨١٩ - فَصل: [لحوق المأذون دين يحيط برقبته]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمدٌ: إذا لحق المأذون دينٌ كثيرٌ يحيط برقبته وبجميع ما في يده، ثم إنّ المولىٰ وطئ جاريةً من رقيق العبد، فجاءت بولدٍ، فادّعاه، فالولد ولد المولىٰ، وأمّه أمّ ولدٍ له، ويغرم المولىٰ قيمة الجارية، ولا يغرم من عقرها كثيرًا ولا قليلاً.

وقال: لا يشبه [الدعوة][1] في هذا العتق والتدبير.

أمّا [علىٰ] أصل أبي يوسف ومحمدٍ: فلا شبهة [فيه]؛ لأنّ المولىٰ مالكٌ لها، ووطء الرجل لملكه يوجب ثبوت النسب والاستيلاد، [كوطء جارية الابن].

وأمّا علىٰ قول[2] أبي حنيفة: (فإنّه لا يملكها، إلا أنّ حقّ الملك كنفس الملك في ثبوت النسب والاستيلاد، كوطء جارية الابن)[3]؛ ولأنّ شبهة المولىٰ في جارية عبده أقوىٰ من شبهته في جارية ابنه، [ألا ترىٰ أنّه يقدر أن يتملّك هذه،

---

(١) في أ (المدعوة) والمثبت من ب.

(٢) في ب (أصل).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.



ولا يقدر أن يتملّك جارية ابنه] إلا باختياره.

فإذا كان الوطء في جارية الابن يثبتُ النسب والاستيلاد، فهذا أولىٰ، وليس يمتنع أن لا ينفذ عتقه فيها ويثبت استيلاده [٤٤٦/ب] كجارية الابن.

وإنّما غرم قيمتها؛ لأنّه أتلفها علىٰ الغرماء، وحقّهم متعلّقٌ بها، ولا عُقْر[١] عليه؛ لأنّ ضمان العقر ضمان جزءٍ، وضمان القيمة ضمان الكلّ، فإذا اجتمعا وتعلّقا بسببٍ واحدٍ دخل الأقلّ في الأكثر.

قال: وإذا كان علىٰ العبد دينٌ يحيط برقبته وبجميع ما في يده، ثم إنّ المولىٰ أعتق جاريةً من رقيق عبده، فعتقه باطلٌ في قول أبي حنيفة، فإن قضىٰ العبدُ الغُرَمَاءَ دَيْنَهم، أو أبرأ الغرماءُ العبدَ من دينهم، أو أبرأه بعضهم حتىٰ صار في يده فضلٌ عن الدين، فعتق المولىٰ جائزٌ؛ وذلك لأنّ عتق المولىٰ وإن لم [ينفذ][٢] فهو موقوفٌ، فإذا أبرأ الغرماء من دينهم أو استوفوا، زال المانع من تمليك المولىٰ، فملك الجارية بسببٍ سابق للعتق، فينفذ عتقه فيها.

(وهذا كما قالوا فيمن مات وعليه دينٌ مستغرِقٌ، فأعتق الوارث جاريةً من التركة: لم ينفذ عتقه، فإن قضىٰ الدين أو أبرأ الغرماء، نفذ العتق)[٣]؛ لأنّ الدين لما سقط انتقل الملك إلىٰ الوارث [فينفذ عتقه.

وقد قال الحسن بن زياد: إنّ عتق الوارث] والمولىٰ لا ينفذ بعد قضاء

---

(١) (العُقْر: ما تعطاه المرأة علىٰ وطء الشبهة، لأن الواطئ إذا افتضها عقرها، فسمىٰ مهرها عُقْراً، ثم استعمل في الثيب وغيرها). تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٣/٢١٢).

(٢) في أ (يقف)، والمثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

الدين ؛ لأنّه ملكٌ بعد إيقاع العتق ، فصار كالمضارب إذا أعتق عبدًا من المضاربة ولا فضل في المال ، ثم صار فيه فضلٌ ، لم ينفذ عتق المضارب ؛ لأنّه ملك بعد العتق ، فكذلك هذا.

وذكر هذا محمد بن الحسن فقال: هذا يُوجب أنّ النصراني إذا مات وترك ابنين نصرانيين ، وعليه دينٌ مستغرِق ، فأسلم أحدهما ، ثم أبرأ الغرماء من دينهم ، أن تنتقل التركة إلىٰ النصراني دون المسلم ، ولا خلاف أنّ الميراث لهما ، فدل علىٰ أنّ الغرماء إذا أبرؤوا ، انتقل الملك بالموت لا بالبراءة ؛ فلذلك نفذ العتق.

فإن قيل: لو عتق المولىٰ عبد مكاتَبه ، ثم عجز المُكاتَب ، لم ينفذ عتق المولىٰ.

والجواب: أنّ ملك المُكاتَب موقوفٌ عليه وعلىٰ مولاه ، وليس أحدهما أخصّ من الآخر ؛ لجواز أن يعتق فيملك ، أو يعجز فيملك المولىٰ ، وإذا لم يكن أحدهما أخصّ بالملك من الآخر ، لم ينفذ عتق أحدهما.

وفي مسألتنا: الملك موقوفٌ علىٰ المولىٰ ، والغرماء والمولىٰ أخصّ به علىٰ ما بيّنا ، فلذلك وقف عتقه فيه.

قال: ولو كانت المسألة [بحالها] ، فوطئ المولىٰ[1] الجارية التي أعقتها ، فجاءت بولدٍ وادّعاه ، فدعوته جائزةٌ ، والولد حرٌّ ، والمولىٰ ضامنٌ لقيمة الجارية للغرماء ، والجارية حرّةٌ بالعتق الذي كان من المولىٰ قبل الوطء ، وعلىٰ المولىٰ العُقْر للجارية ؛ وذلك لأنّ المولىٰ لمّا أعتقها فالعتق موقوفٌ عند أبي حنيفة علىٰ ما قدّمناه ، فلما وطئها فجاءت بولدٍ فادّعاه ، سقط حقّ الغرماء عنها [ونفذ العتق

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.



الموقوف ، كما لو أبرؤوا من الدين] ، ألا ترىٰ أنّه لو لم يكن أعتقها يثبت نسب ولدها ، وصارت أمّ ولدٍ ، وإذا سقط حقّ الغرماء [نفذ][1] العتق الموقف كما لو أبرؤوا من الدين ، وإذا عتقت بالإعتاق دون[2] الاستيلاد يثبت النسب ، ولزمه [العُقْر][3] ، فصار كالوطء لامرأة حرّةٍ بشبهةٍ فيلزمه العُقْر لها[4].



(١) في أ (بعد) ، والمثبت من ب.

(٢) في ب (قبل).

(٣) في أ (القيمة) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه.

(٤) انظر: الأصل ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٦٣ وما بعدها.



بَابُ
ما يجوزُ للعبد المأذون أن يفعلهُ وما لا يجوز

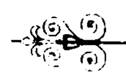
قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمدٌ: ليس للعبد المأذون أن يكاتب عبدًا من عبيده ولا أمةً من إمائه، إلا أن يجيز ذلك المولىٰ ولا دين عليه؛ وذلك لأنّ الإذن يقتضي التصرّف في التجارة، والكتابة ليست من التجارة، وما لم يتناوله الإذن [فهو فيه] باقٍ علىٰ أصل الحجر، أصله التزويج[1].

وأمّا إذا كاتب ولا دين عليه فأجاز المولىٰ، جاز؛ لأنّ هذا العقد له مجيزٌ؛ بدلالة أنّ المولىٰ يملك ابتداء الكتابة، فوقف العقد علىٰ إجازته، فإذا أجاز فمال الكتابة للمولىٰ لا سبيل للعبد علىٰ قبضه؛ وذلك لأنّ حقوق عقد الكتابة لا يتعلّق بالعاقد، وإنّما يتعلّق بالمعقود له، وقبض المكاتبة من حقوق العقد، فيملكها المولىٰ دونَ العبد.

قال: فإن دفع المكاتب إلىٰ العبد، لم يبرأ منها، إلا أن يوكله المولىٰ بقبضها؛ لأنّ العقد اقتضىٰ التسليم إلىٰ المولىٰ، فإذا سلّمَ إلىٰ غيره لم[2] يعتق.

قال: فإن لحق المأذون دينٌ بعد إجازة المولىٰ الكتابة، فالمكاتبة للمولىٰ ليس للغرماء فيها قليلٌ ولا كثيرٌ؛ لأنّ الكتابة لمّا صحت بإجازة المولىٰ، خرج العبد من كسب [المأذون][3]، وصار في يد المولىٰ، وما أخذه المولىٰ من

(١) في ب (كالتزويج).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في أ (المولىٰ)، والمثبت من ب.



أكساب المأذون[1] قبل الدين، لا يتعلّق به حقوق الغرماء.

قال: ولو كان العبد كاتب عبدًا، وعليه دينٌ قليلٌ أو كثيرٌ، فالكتابة باطلةٌ وإن أجازها المولىٰ؛ لأنّ المولىٰ لا يملك التصرّف في أكساب العبد مع وجود الدين، فلا يملك إجازة المُكاتَب.

قال: فإن لم يؤد[2] المكاتبة حتىٰ أدّىٰ المكاتب جميع الكتابة، فإن كان المولىٰ لم يجز الكتابة، لم يعتق، ورُدّ رقيقًا، وكان جميع ما أخذ المأذون من المكاتب له يقضي به دينه، والمكاتَب عبدٌ علىٰ حاله.

وإن كان المولىٰ أجاز الكتابة وأمر العبد بقبضها، فقبضها، وعلىٰ العبد دينٌ يحيط برقبته وبجميع ما في يده، فهذا والأول سواءٌ في قياس قول أبي حنيفة، والمكاتب عبدٌ بحاله يباع في الدين.

وأمّا في قول أبي يوسف: فالمكاتب حرٌّ، والمولىٰ ضامنٌ لقيمته للغرماء، والمكاتبة التي قبض العبد للغرماء يستوفونها من دينهم؛ وذلك لأنّ العبد إذا كاتب، فالكتابة موقوفةٌ، فإذا أدّىٰ [قبل] الإجازة، لم يتعلّق بالأداء في [عقدٍ][3] موقوفٍ عتقٌ، فبقي العبد علىٰ حاله.

وأمّا إذا كان المولىٰ أجاز الكتابة وأذن المأذون في القبض، فقبض وعليه دينٌ مستغرقٌ، لم ينفذ العتق عند أبي حنيفة؛ لأنّه لو ابتدأ بالعتق لم يقع، كذلك لا يقع العتق المعلّق بالشرط، وأمّا علىٰ قولهما: فلو ابتدأ المولىٰ عتق هذا العبد،

---

(١) في ب (العبد).

(٢) في ب (يجز).

(٣) في أ (عبد)، والمثبت من ب.

نفذ عتقه فيه، كذلك إذا عتق بالأداء، والكسب الذي أدّاه المكاتَب، يُردّ إلى الغرماء؛ لأنّ دينهم[١] متعلّقٌ بكسب عبد المأذون كما يتعلق بكسب المأذون، فلم يجز للمولى أن يستوفيه من دين الكتابة.

وأمّا إذا كان[٢] الدين غير مستغرقٍ، عتق المكاتب في قولهم، وضمن المولى قيمته؛ لأنّه يملك العتق بالإيقاع، فكذلك يملكه بالشرط، ويضمن القيمة؛ لأنّه أتلف على الغرماء رقبة العبد، وحقهم متعلّقٌ بها.

٢٨٢٠ ـ فَصْـل: [هبة وصدقة المأذون]

وقالوا جميعًا: ليس للمأذون أن يهب درهمًا، ولا يتصدّق به، ولا يكسو ثوبًا؛ لأنّ ذلك صريح التبرع، والعبد لا يملك ما [٤٤٧/أ] في يديه، فلا يملك التبرع فيه.

وقد كان القياس عندهم: أن لا يجوز تبرعه في جميع الأشياء، وإنّما استحسنوا في هدية الطعام اليسير الذي يفعل مثله التجار إذا وهب ذلك، أو أطعمه للناس، لما روي: «**أنّ النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك**»[٣]، وروي: «**أنّ سلمان أهدى إلى النبي ﷺ وهو مملوكٌ، فقبل [وأكل]، وأكل أصحابه، وأتاهم بصدقة، فأمر الصحابة فقبلوها، ولم يأكل منها شيئًا**»[٤].

وسئل عمر عن العبد يتصدّق؟ فقال: «**بالرغيف ونحوه**»[٥]، [فجوزوا

(١) في ب (حقهم).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) رواه أحمد (٢٣٧٦٣)، وصححه ابن حبان في صحيحه (٧١٢٤)
(٥) رواه ابن أبي شيبة (٣١٩/٢)



له][1] ذلك للأثر، فأمّا هبة الدراهم والثياب فعلى أصل القياس؛ ولأنّ من عادة التُّجَّار أن يطعموا الشيء اليسير [ويستجلبون][2] بذلك المعاملة، والإذن يقع على ما تعتاده التجار، والكثير لم تجر به عادة[3]، فبقي على أصل القياس.

وقد قال أصحابنا: لا بأس بأن تتصدّق المرأة من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه؛ لأنّ ذلك غير ممنوعٍ منه في العادة، ولا يجوز في الكثير.

قال: وليس للمأذون أن يتكفل بنفسٍ ولا مالٍ، كان عليه دينٌ أو لم يكن؛ وذلك لأنّ الكفالة عقدٌ موضوع للتبرّع، وهو لا يملك التبرّع، وليس هذا كالوكالة بالشراء؛ لأنّ عقد الشراء ليس بموضوعٍ للتبرع.

ولو أعار دابّةً أو ثوبًا، فلا بأس بذلك، كان عليه دينٌ أو لم يكن؛ لأنّ من عادة التجار في الدوابّ إعارتها وإعارة الثوب، وقد بيّنا أنّ الإذن ينصرف إلى عادة التجار.

قال: وليس للمأذون أن يقرض؛ وذلك لقوله ﷺ: **«قرضٌ مرتين صدقةٌ مرةً»**[4]؛ ولأنّ القرض موضوعٌ للتبرّع كالهبة.

قال: ولو أعتق عبدًا على مالٍ لم يجز؛ وذلك لأنّ العتق موضوعٌ للتبرع، فلا يدخل تحت الإذن؛ ولأنّه ليس من التجارة، وقد بيّنا أنّ ما ليس من التجارة مبقىً على [أصل] الحجر.

---

(١) في أ (فيجوز روي)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٢) في أ (ويستخدمون)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (وما لم تجر به عادة).

(٤) رواه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ابن حبان في الصحيح (٥٠٤٠).

فإن أجاز المولىٰ عِتقه ولا دين عليه، جاز؛ لأنّ العتق موقوفٌ علىٰ المولىٰ؛ لأنّه يملك أن يبتدئه، فوقف علىٰ إجازته، وقبض [المال][١] للمولىٰ دون العبد؛ لأنّ حقوق [العتق][٢] لا تتعلّق بالعاقد.

قال: وإن لحق العبد دينٌ بعد عتق هذا، لم يكن للغرماء من المال الذي علىٰ المعتَق قليلٌ ولا كثيرٌ؛ لأنّه بالعتق خرج من كسب المأذون، وما خرج من كسبه قبل لزوم الدين لا يتعلق به [الدين][٣].

وإن كان علىٰ العبد دينٌ مستغرقٌ[٤]، فأجاز المولىٰ العتق، جاز، وضمن قيمة العبد لغرماء المأذون، (والمال الذي علىٰ المعتَق للمولىٰ)[٥]، ولا سبيل للغرماء عليه.

ولا يشبه هذا المُكاتَب؛ وذلك لأنّ الدين [إذا لم] يستغرق فملك المولىٰ في الأكساب بحاله، إلا أنّ حقوق الغرماء في الاستيفاء تتعلّق به، فلا يمنع ذلك العتق كالعبد المرهون، وإذا ملك المولىٰ العتق، ملك الإجازة، ويغرم قيمة العبد؛ لأنّ حقّ الغرماء يتعلّق به، وقد أتلفه عليهم بالعتق، فيضمنه لهم كما يضمن الراهن القيمة بإعتاق العبد المرهون، والمال للمولىٰ؛ لأنّه كسب المعتَق بعد الحريّة، فحقوق الغرماء لا تتعلّق به.

---

(١) في آ (المولىٰ)، والمثبت من ب.
(٢) في أ (العقد) والمثبت من ب.
(٣) في أ (الرق)، والمثبت من ب.
(٤) في ب (غير مستغرق)، بزيادة (غير)، وقد سقطت من أ، والسياق لا يقتضيها.
(٥) ما بين القوسين في ب (ويملك المال الذي علىٰ المعتق بالإجازة، ويغرم قيمة العبد لأنّه حقٌّ لغرمائه، ولا سبيل للغرماء علىٰ المولىٰ).



وليس كذلك مال الكتابة؛ لأنّ [المُكاتَب] ما لم يعتق على حكم الرقّ، فأكسابه تتعلّق حقوق الغرماء بها.

وقالوا جميعًا: ليس للمأذون أن يتزوّج بغير إذن مولاه؛ لأنّه مأذونٌ [له] في التجارة، والتزويج ليس من التجارة، وما لم يدخل تحت الإذن يبقى على أصل الحجر.

وإذا لم يجز النكاح، فُرّق بينهما لفساد العقد، فإن كان دخل بها، فالمهر عليه [بعد][1] الحريّة؛ لأنه دين لزمه بسببٍ غير ثابتٍ في حقّ [المولى، فهو كدين المحجور.

وقالوا جميعاً: ليس له أن يزوّج عبده؛ لأنّ تزويج العبد فيه ضررٌ؛ بدلالة أنّ رقبته تُستَحَقّ بالمهر والنفقة، ولأنّ تزويج العبد لا يملكه أحدٌ في حقّ] غيره.

وقال أبو حنيفة ومحمدٌ: ليس له أن يزوّج أمته، وقال أبو يوسف: يجوز [له] تزويجها.

وجه قولهما: أنّ تصرّفه خاصٌّ في التجارة، والتزويج ليس من التجارة.

وجه قول أبي يوسف: أنّه جعل المنفعة التي ليست بمالٍ مالاً، فصار كما لو آجرها.

قال: ويجوز عندهم جميعًا أن يأخذ المأذون مالاً مضاربةً [ويدفع مالاً مضاربةً]؛ لأنّ الإذن ينصرف إلى عادة التجار، ومن عادتهم أن يأخذوا المضاربة ويدفعوها؛ ولأنّه إذا أخذ مالاً مضاربةً فإنّه [يحصّل][2] لنفسه الربح والضمان،

---

(١) في أ (بهذا)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (يجعل)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

ويرجع به على رب المال، فهو أنفع له من الشراء لنفسه.

وأمّا إذا أعطى مالاً فيجوز أن يستأجر فيه من يعمل مثل عمل المضاربة بأجرةٍ مضمونة، فإذا دفع المال بأجرةٍ[1] غير مضمونة فهو أولى.

قال: ويجوز أن يشارك شركة عِنَان؛ لأن الشركة من التجارة، ولأنّ شركة العنان تتضمّن الوكالة، وهو يملك أن يوكّل ويتوكّل، ولا يجوز أن يشارك [شركة] مفاوضةٍ؛ لأنّ المفاوضة تنعقد على الكفالة، وهو لا يملك الكفالة، فإذا عقدها انعقدت شركة[2] عنان؛ لأنّ المفاوضة تشتمل على العنان وزيادة، فإذا بطل منها الكفالة بقي معنى العنان.

ويجوز له أن يأذن لعبده في التصرّف[3]؛ لأنّه يتصرف على عادة التجار، ومن عادتهم أن يأذنوا لعبيدهم.

قال: ولو اشترك العبدان شركة عنانٍ على أن يشتريا بالنقد والنسيئة، (جاز ما اشترياه بالنقد، وكان بينهما، وما اشترياه نسيئة)[4] فهو للذي اشتراه خاصةً؛ لما قدّمنا أنّ العبد لا يجوز أن يتوكّل فيما يشتريه نسيئاً؛ لما فيه [من] معنى الكفالة، ويجوز أن يتوكّل فيما يشتريه نقداً، فإذا تضمنت الشركة الأمرين، جاز أحدهما، ولم يجز الآخر[5].

---

(١) في ب (ببدلٍ).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في ب (التجارة).
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٥) انظر: الأصل ٤٩٦/٨ وما بعدها.

بَابُ
الغرورِ[1] في العبدِ المأذونِ

[قال]: وإذا جاء الرجل بالعبدِ إلىٰ السوق، فقال: هذا عبدي فبايعوه، وقد أذنت له في التجارة، فبايعه أهل السوق ولحقه دينٌ، ثم عُلِم بعد ذلك أنّ العبد كان حرًا، أو مُدبّرًا، أو مُكاتَبًا، أو كانت أمةً فكانت أمّ ولدٍ، أو استُحِقّ العبد، فإنّ علىٰ الذي أمرهم بالمبايعة الأقلّ من قيمة العبد ومن الدين، وإن شاؤوا رجعوا بدينهم علىٰ الذي ولي مبايعتهم إن كان حرًا، فإن كان عبدًا، أو مُدبّرًا، أو مُكاتَبًا، أو كانت أمّ ولد، لم يرجعوا عليه بشيءٍ حتىٰ يعتق، فإذا أعتق اتّبعوه ببقيّة دينهم؛ وذلك لأنّه [لمّا] أضاف العبد إلىٰ نفسه، وأمرهم بالمبايعة، فصار [غارّاً][2] لهم في البيع؛ لأنّ ذلك يقتضي أن يستوفوا ديونهم من ثمنه، فإذا كان حرًا أو مكاتبًا أو عبدًا لغيره تعذّر الاستيفاء، وثبت [به] الغرور، والغرور يتعلّق به الضمان [كمن زوّج رجلاً أمةً علىٰ أنّها حرّةٌ، ولا بدّ في إثبات الضمان] من شرطين: أحدهما إضافة العبد إلىٰ نفسه، والثاني أمرهم بالبيع.

وإن أضاف العبد إلىٰ نفسه وأخبرهم أنّه أذن له، ولم يأمرهم بالبيع، لم يرجعوا عليه؛ لأنّه أخبرهم [بحاله][3]، ولم يأذن لهم في مبايعته، وأمّا إن أمرهم

(١) «الغُرُورُ: هو سكون النفس إلىٰ ما يوافق الهوىٰ، ويميل إليه الطبع»، كما في التعريفات (غرر)؛ ومنه بيع الغَرَر ـ الخطر ـ: وهو ما كان مستور العاقبة، أو ما عرفه البعض أنه: «بيع ما ل ظاهر تؤثره، وباطن تكرهه»، أو هو: «ما خيفت عاقبته، أو تردد بين الحصول والفوات». انظر: التعريف؛ المصباح؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (غرر).

(٢) في أ (إجازة)، والمثبت من ب.

(٣) في أ (بماله) والمثبت من ب.

[٤٤٧/ب] بمبايعته ولم يقل [لهم]: إنّه عبدي، فلا ضمان عليه؛ لأنّ الأمر بالبيع ليس فيه استيفاء الدين من الثمن، ولم يثبت الغرور، وإنما قال: إن العبد إذا كان حرًا فلهم الرجوع عليه في الحال؛ لأنّ الدين لزمه بالعقد، ولزم الغار بالغرور، فصار كالكفيل عنه، فلهم أن يرجعوا علىٰ أحدهما.

وأمّا إذا كان مستَحَقًا أو مكاتبًا أو مدبرًا، فالرجوع عليه في الحال لا يمكن، فلم يبق إلا الرجوع علىٰ الغارّ.

وأمّا إذا أعتقوا، رجع عليهم بالباقي من الدين؛ لأنّ الذمّة صحّت بالعتق.

فإن كان الغارّ لم يدر شيئًا، رجع الغرماء عليهم بالجميع؛ لأنّ الغارّ في الحكم كالكفيل بالدين، فإذا طولب وتوىٰ[1] ما عليه، لم يمنع ذلك من مطالبة المكفول عنه.

قال: فإن كان جاء به إلىٰ السوق، فقال: إنّ هذا عبدي فبايعوه، فقد أذنت له في التجارة، أو لم يقل: قد أذنت له، فهو سواءٌ، وهو غارٌّ؛ لأنّه لمّا أمرهم بالبيع أمرًا عامًا فقد ثبت الإذن سواءٌ صرّح به أو سكت عنه.

قال: وسواءٌ أمر بمبايعته بتجارةٍ خاصّةٍ أو عامّةٍ، فمن بايعه بتلك الخاصّة أو غيرها فهو مغرورٌ، وليس للمولىٰ أن يقول: إنّما أذنت لكم في مبايعته التمر[2]، فمن بايعه غير التمر فلا ضمان له عليّ، ولا يُلتَفت إلىٰ قوله؛ وذلك لأنّ إذن المولىٰ في نوعٍ[3]، إذنٌ في كلّ الأنواع، والتخصيص لا يتعلّق به فائدةٌ.

---

(١) توىٰ: هلك. انظر: القاموس المحيط (توي).

(٢) في ب (البز)، وكذا في الموضع التالي.

(٣) في أ (كل نوعٍ)، بزيادة (كل)، وقد سقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

وليس هذا كمن قال لرجلٍ: ما بايعت فلانًا من البَزِّ فهو عليّ، لم يضمن ما سوىٰ البزّ؛ لأنّ الضمان يثبت هناك بصريح الكفالة، فوجب اعتبار ما نصّ عليه، وهاهنا ليس بصريح[1] الكفالة، وإنّما يثبت من طريق الحكم الضمان لأجل الغرور، والغرور عامٌّ وإن اختصّ الإذن، ألا ترىٰ أن شراء المأذون يجوز فيما خصّ له وفيما لم يخصّ.

قال: ولو كان[2] قال لهم: هذا عبدي فبايعوه، فقد أذنت له في التجارة، ثم إنّ المولىٰ دبّره بعد ذلك، ثم لحق الدينُ العبدَ بعد التدبير، لم يضمن المولىٰ من ذلك الدين قليلاً ولا كثيرًا؛ وذلك لأنّه لم يغرّهم في شيءٍ، ألا ترىٰ أنّ العبد كان علىٰ ملكه، فإذا لم يكن غرورٌ، فقد دبره ولا حقّ لهم في رقبته، فلم يتلف عليهم شيئًا[3]، فلا يضمن.

وكذلك لو أعتقه ثم بايعوه؛ لأنّهم اغتروا حين ظنوا أنّه يبقىٰ علىٰ الرّقّ، ولم يغرّهم المولىٰ، فلا يضمن.

قال: ولو كان القائل لهم عبداً محجوراً، فلا ضمان عليه حتىٰ يعتق؛ لأنّ ضمان الغرور يجري مجرىٰ ضمان الكفالة، وكفالة العبد [المأذون] لا تلزمه إلا بعد الحريّة.

قال: ولو كان الآذن[4] له حرًا، والذي أمرهم بمبايعته عبداً مأذوناً له في

(١) في ب (لم يصرح).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٤) في ب (المأذون).

التجارة ، أو مُكاتَباً ، أو صبيّاً حرّاً قد أذن له أبوه في التجارة ، فلا ضمان على الآمر في ذلك إن كان الذين بايعوه علموا أو لم يعلموا ؛ وذلك لأنّ ضمان الغرور قد بيّنا أنه يجري مجرى ضمان الكفالة ، فلا يلزم المأذون ولا المُكاتَب ولا الصبيّ.

فأمّا المأذون والمكاتب ، فيلزمهما [ضمان] بعد الحريّة ؛ لأنّ قولهما صحيحٌ ، وإنّما لم يضمنا لحقّ المولى ، وقد سقط حقّ المولى بالعتق.

وأمّا الصبي ، فليس له قولٌ صحيحٌ ، فلا يلزمه الضمان بالغرور في الحال ولا بعد البلوغ(١).



(١) انظر: الأصل ٨/٥٦٠ وما بعدها.

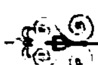
بَابُ
الشهادةِ على العبد والمولى غائبٌ

قال: وإذا خوصم العبد في دينٍ ادُّعي عليه وهو ممّا بيّنت لك أنّه يلزمه في رقبته وكسبه، وجحد ذلك، وشهد عليه شهودٌ بإقراره بذلك، أو شهدوا عليه ببيعٍ أو شراءٍ أو إجارةٍ، فأنكر ذلك العبد، ومولاه غائبٌ، فالشهادة عليه جائزةٌ في جميع ذلك، ويقضي عليه القاضي بذلك كلّه، ولا يلتفت إلى غيبة المولى.

وكذلك الصبيّ والمعتوه المأذون لهما في التجارة، يجوز عليهما الشهادة، ولا يلتفت إلى غيبة الآذن لهما؛ وذلك لأنّ المأذون فيما يتصرّف فيه كالحرّ، بدلالة أنّه لا يرجع بالضمان على غيره، فإذا قامت عليه البيّنة، لم يعتبر حضور غيره، كما لا يعتبر في الحرّ.

قال: وإذا كان العبد محجورًا عليه، فشهد عليه شاهدان بغصبٍ غصبه، أو بوديعةٍ استهلكها، أو مضاربةٍ استهلكها، أو بضاعةٍ، وجحد ذلك كلّه، وشهد عليه شاهدان بمعاينة ذلك، ولم يشهدوا على الإقرار، فإن كان المولى غائبًا، فإن القاضي لا يقضي على العبد بشيءٍ من ذلك حتى يحضر المولى، فإذا حضر قضى على العبد بالغصب.

وأمّا المضاربة والبضاعة والوديعة، فإنّ القاضي لا يقضي عليه بشيءٍ من ذلك وإن حضر مولاه حتى يعتق؛ وذلك لأنّ المحجور لا يملك الخصومة، ولا يجوز سماع البيّنة عليه، وهو لا يقدر على دفعها بالمخاصمة، فإذا حضر المولى

قضي عليه بالغصب؛ لأنّه ليس بمحجورٍ في أفعاله.

فأمّا الوديعة والمضاربة، فعند أبي حنيفة ومحمدٍ: لا يقضىٰ بها؛ لأنّ من أصلهما أنّ العبد المحجور لا يضمنها إلا بعد العتق، فلا معنىٰ للقضاء بها.

وأمّا علىٰ قول أبي يوسف: فإنّ العبد يضمنها كما يضمن الغصب، فيُقضَىٰ بها عليه.

قال: وإن كان الشاهدان شهدا عليه بإقراره في بعض ما وصفت، ولم يشهدوا بمعاينة شيءٍ من ذلك، لم يُقضَ علىٰ العبد بشيءٍ من ذلك حتىٰ يعتق وإن كان مولاه حاضرًا؛ لأن المحجور لا يتعلّق بإقراره حكمٌ، فلم يجز القضاء عليه بالإقرار.

قال أبو حنيفة ومحمدٌ: إذا شهد علىٰ المأذون بقتلِ عمدٍ، أو قذفٍ، أو زناً، أو شرب خمر، فإن كان المولىٰ حاضرًا قضىٰ القاضي[1] عليه بذلك، وإن كان المولىٰ غائبًا والعبد يجحد ذلك لم يقض عليه بشيءٍ من ذلك حتىٰ يحضر مولاه.

وقال أبو يوسف: يقضىٰ عليه [بذلك].

وجه قولهما: أنّ هذه البينة يتعلّق[2] بها استحقاق رقبة العبد، أو استحقاق[3] جزءٍ منها، أو استحقاق إزالة يد المولىٰ عنه [ليحدّ]، ولا يجوز القضاء باستحقاق الرقبة، ولا باستحقاق جزءٍ منها، ولا بإزالة اليد إلا بعد حضور المولىٰ.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (يقع).
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

وجه قول أبي يوسف: أنّ العبد في هذه الأحكام كالحرّ، بدلالة أنّه لو أقرّ بها نفذ إقراره، فتُسمَع عليه البيّنة كما تُسمع على الحرّ.

قال: فإن كانوا شهدوا عليه بإقراره، وهو يجحد، لزمه القَوَدُ والقذف، ولم يلزمه ما سواهما؛ لأنّ الرجوع عن الإقرار بالقصاص والقذف لا يُقبَل، والرجوع عن الإقرار ببقية الحدود مقبولٌ، فجحوده كرجوعه [٤٤٨/أ].

قال: ولو شهد الشهود على صبيٍّ مأذونٍ له، أو معتوهٍ مأذونٍ له بقتلِ عمدٍ أو بقذفٍ أو بشرب خمرٍ أو بزناً، ومن أذن لهما حاضرٌ، لم يلزمه من ذلك شيءٌ إلا بالقتل، فإنّ على عاقلته الدية؛ لأنّ الصبي والمعتوه لا يجب عليهما الحدود، فلا معنى للشهادة عليهما بأسبابهما، وأمّا القتل فعمده عندنا في حكم الخطأ، فيلزم العاقلة.

قال: وإن كان الشهود شهدوا بإقرارٍ لبعض ما ذكرنا، لم يجز؛ لأنّ قول الصبيّ لا يتعلّق به حكمٌ، فوجوده وعدمه سواءٌ.

قال: ولو شهد على المأذون شاهدان بسرقة عشرة دراهم، وهو يجحد، فإن كان مولاه حاضرًا قطع ولم يضمن السرقة، إلا أن تكون قائمةً بعينها، فتردّ، وإن كان المولى غائبًا ضمن العبد السرقة ولم يقطع؛ وذلك لأنّ المولى إذا حضر فالشهادة بالسرقة شهادةٌ باستحقاق [يده]، فتُسمَع البيّنة على المولى كما تُسمَع باستحقاق نصفه أو ثلثه.

وأمّا الضمان؛ فلأنّه لا يجتمع عندنا مع القطع، فإن كانت العين قائمةً رُدّت، وإن كانت هالكةً فلا ضمان.

وأمّا إذا غاب المولىٰ، فالشهادة بالمال مقبولةٌ؛ لأنّ المأذون يملك الخصومة في المال، ولا يجوز القضاء بالقطع مع غيبة المولىٰ لما قدّمنا، فيقضىٰ بالمال دون القطع.

ولو شهدا علىٰ سرقة أقل من عشرة دراهم ضمّنه القاضي السرقة[1] ولم يقطعه، ولا ينظر في ذلك إلىٰ غيبة المولىٰ ولا إلىٰ حضوره؛ لأنّ القطع لا يتعلّق بسرقة ما دون العشرة، فالخصومة إنّما هي في الضمان، والمأذون يملك الخصومة في المال، فتسمع البيّنة.

قال: ولو كان المشهود عليه صبيًا أو معتوهًا شهد عليه بسرقة عشرة دراهم، (ضمّنه القاضي ولم يقطعه، ولا ينظر في ذلك إلىٰ غيبة الذي أذن له؛ لأنّ الصبيّ والمعتوه لا يلزمهما حدٌّ، والخصومة إنّما هي في الضمان، والصبيّ المأذون يملك المخاصمة في ذلك، فسمعت البيّنة عليه.

قال: ولو شهدوا علىٰ إقرار المأذون بسرقة عشرة دراهم)[2]، وهو يجحد، فإنّ القاضي يلزمه ضمان السرقة وإن كان المولىٰ[3] غائبًا؛ لأنّ إقرار المأذون بالمال جائزٌ، وهو خصمٌ فيه، والقطع لا يثبت مع جحوده كما لا يثبت بعد رجوعه، فلم يبق إلا المال، وهو خصمٌ فيه.

قال: ولو كان العبد محجورًا عليه، فشهد عليه بسرقة عشرة دراهم، وهو

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (المالك).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.



يجحد ، فإن كان المولىٰ غائبًا لم يقض عليه القاضي بشيءٍ من ذلك حتىٰ يحضر مولاه ، فإن حضر وشهد عليه شاهدان ، قضىٰ القاضي بقطع الغلام وردّ السرقة إن كانت [قائمةً] بعينها ؛ لأنّ المحجور لا يملك الخصومة في المال ، فلا تسمع عليه البيّنة مع غيبة المولىٰ في القطع ، ولا في الردّ.

وإذا حضر[1] المولىٰ سمعت عليه البيّنة في القطع ، ووجوب القطع يُسقِط [الضمان].

قال: ولو كانت الشهادة علىٰ إقرار العبد ، وهو يجحد ذلك ، فالشهادة باطلةٌ ، ولا يُقضَىٰ عليه بشيءٍ من قطعٍ ولا ضمانٍ ، كان المولىٰ غائبًا أو حاضرًا ؛ لأنّ الشهادة لا تسمع في إقرار السارق مع جحود السارق لمعنًى يعود إلىٰ إثبات القطع ؛ لأنّه يسقط بالرجوع ، وإذا لم يثبت القطع لهذه البيّنة ، لم يثبت المال بإقرار المحجور ؛ لأنّا نثبته تبعًا للقطع ، وقد سقط القطع ، فسقط المال بالتابع له[2].



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) (بالتابع له) سقطت من ب.

بَابُ
اختلافِ المأذونِ والمولى وغيره في مالٍ في يد المأذون

قال: وإذا كان في يد المأذون مالٌ، فقال المولىٰ: هو مالي، وقال العبد: هو مالي، وعلىٰ العبد دينٌ، فالقول قول العبد، ولا يُصدّق المولىٰ علىٰ ذلك، حتىٰ يقضي الدين؛ لأنّ يد العبد يدٌ للغرماء، فكأنّ المولىٰ والغرماء اختصموا في أيديهم، فلا يقبل قول المولىٰ فيه.

قال: وإن كان المال في يد المولىٰ وفي يد العبد، فهو بينهما نصفان؛ لما بيّنا أنّ العبد يده لنفسه، فصارا كالأجنبيين إذا تداعيا الملك كان بينهما؛ لتساويهما في اليد التي هي سبب الاستحقاق.

قال: وإن كان معهما يد [رجلٍ] أجنبيٍّ، فالمال بينهم أثلاثًا؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم له فيه يدٌ صحيحةٌ، والتساوي في اليد يقتضي التساوي في الملك.

قال: فإن كان العبد لا دين عليه، فالمال بين المولىٰ والأجنبيّ نصفان؛ لأنّ العبد الذي لا دين عليه يده لمولاه، (فكأنّ المولىٰ ممسكٌ)[1] للشيء بيديه، والأجنبيّ بيدٍ واحدةٍ، فيكون بينهما نصفين، ولا يترجّح زيادة أحد اليدين.

وقالوا جميعاً: لو كان ثوبٌ في يد رجلٍ وعبدٍ مأذونٍ له، وكلّ واحدٍ منهما يدّعيه، فهو بينهما نصفان؛ لأنّ المأذون له يدٌ صحيحةٌ، فصار كالحرّ.

(١) ما بين القوسين في ب (فصار ممسكاً).



قال: وإن كان في يد أحدهما معظمه، وفي يد الآخر بعضه، فهو بينهما نصفان، وإن [لم] يكن أحدهما متعلّقًا إلا بطرفه؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يده ثابتةٌ عليه، فقد تساويا في ثبوت اليد من جنسٍ واحدٍ، فلا معتبر بزيادة التمسّك.

وإن كان أحدهما متزرًا به، أو مرتديًا به، أو كان قميصًا فكان لابسه، والآخر متعلّقٌ به، أو كانت دابّةً وأحدهما راكبٌ عليها، والآخر ممسكٌ باللجام، فهو للراكب واللابس؛ وذلك لأنّ أحدهما له تصرّفٌ وللآخر إمساكٌ بغير تصرّفٍ، والتصرف أظهر في اليد [وأدلّ][1] على الملك، فكان أولى.

قال: ولو أنّ رجلاً حرًا، أو عبدًا مأذونًا له في التجارة، أو مكاتبًا آجر نفسه من رجلٍ بأجرٍ[2] يبيع معه [البزّ][3]، أو آجر نفسه من خياطٍ يخيط معه، وكان في يد الآخر ثوبٌ، فقال المستأجِر: هو لي، وقال الأجير: هو لي، فإن كان في حانوت التاجر والخياط، فهو للتاجر والخياط؛ وذلك لأنّ الأجير إذا كان في منزل المستأجِر فالظاهر أنّه يتصرّف في ماله، فدعواه أظهر من دعوى الأجير، فكان أولى بما في يده.

قال: ولو كان في السكّة التي فيها منزل الأجير، فهو للأجير؛ لأنّه إذا لم يكن في منزل المستأجِر فلا يد [له] عليه، فبقيت اليد لنفسه، فصار كغير الأجير.

قال: ولو أنّ عبدًا محجورًا عليه آجره مولاه من رجلٍ، وكان مع العبد ثوبٌ، فقال المستأجِر: هو لي، وقال مولاه: هو لي، كان ذلك الثوب للمستأجِر؛ لأنّ

---

(١) في أ (وأولى)، والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (الشيء) والمثبت من ب.

مولاه قد آجره منه؛ وذلك لأنّ العبد في يد المستأجر، وقد زالت يد المولىٰ عنه، فهو يتصرّف للمستأجِر في الظاهر، وصارت يده يدًا له.

قال: فإن كان العبد في غير منزل المستأجِر، أو في السكّة أو في السوق، في يده ثوبٌ، أو كان راكبًا علىٰ دابّةٍ، فادّعىٰ ذلك المولىٰ، فادّعاه المُستأجِر، فهو للمستأجِر[1]، ولا يُصدّق المولىٰ [٤٤٨/ب] في شيءٍ من ذلك؛ لأنّ العبد تثبت عليه اليد، وقد صار في يد المستأجر بعقد الإجارة، فيده يدٌ له في منزله وغير منزله، فالقول قوله، ولا يُلتفَت إلىٰ قول العبد؛ لأنّ يده إذا كانت مستَحقَّةً، فالقول قول المستَحِقّ لها، وليس هذا كالأجنبيّ الحرّ؛ لأنّ اليد يده، وإذا خرج فيده لنفسه.

وقالوا جميعًا: لو كان العبد في منزل المولىٰ، (وفي يده ثوب)[2]، فقال المستأجِر: هو لي، وقال المولىٰ: هو لي، فهو للمولىٰ؛ لأنّ منزله في يده، فإذا كان العبد فيه، فقد ثبتت يده عليه وزالت يد المستأجِر، فالقول قوله فيه.

ولو كان العبد المأذون له في التجارة وعليه دينٌ في منزل مولاه، وفي يده ثوبٌ، فقال المولىٰ: هو لي، وقال العبد: هو لي، فإن كان الثوب من تجارة العبد فهو له، وإن لم يكن من تجارته فهو للمولىٰ؛ لأنّ لكلّ واحدٍ منهما فيه يدًا، فرجحت [يد] العبد [بالعلامة][3]، فالظاهر فيما كان في تجارته أنّه له، وما لم يكن من تجارته فلا ظاهر معه، وهو والثوب في يد المولىٰ، فالقول قوله.

(١) (فهو للمستأجر) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في أ (بالعلانية)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.



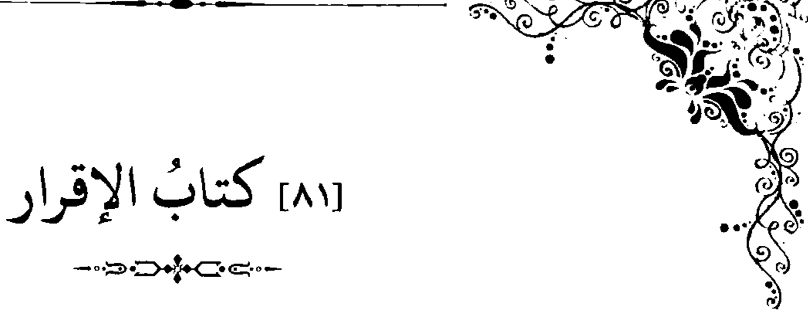
قال: ولو كان العبد راكبًا على دابّةٍ، أو لابسًا ثوبًا، فقال العبد: هو لي، وقال المولى: هو لي، فهو للعبد إن كان من تجارته أو لم يكن؛ لأنّ للعبد يدًا وتصرفًا، وليس للمولى تصرّفٌ، فلم تُساوِ [يده] يد العبد، فكان العبد أولى.

تم كتاب المأذون

(بحمد الله ومنّه، ويتلوه كتاب الإقرار)[1]



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

[٨١] كتابُ الإقرار

قال ﵀: **الأصل في لزوم الإقرار**(١) للمقِرّ قوله تعالىٰ: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فلو لم يلزم المقِرَّ ما أقرّ به لم يرجع إلىٰ إملائه، ثم ذمّه علىٰ الكتمان، فلولا أنّه إذا ظهر تعلّق بإظهاره الحكم، لم يكن لذمّه معنًىٰ، ألا ترىٰ أنّ الله تعالىٰ لما ذمّ الشهود علىٰ كتمان الشهادة، دلّ علىٰ أنّ إظهارها يتعلّق به حكمٌ، ويَدُلُّ عليه قوله تعالىٰ: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، قال ابن عباس: [شاهدةٌ](٢)، وروي أنّ ماعزًا أقرَّ عند النبي ﷺ بالزنا، فرجمه النبيّ ﷺ(٣).

وقال في قصة العَسيف: «**واغد يا أُنيسُ إلىٰ امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»(٤)، وهذا يدلّ علىٰ أنّ الاعتراف يثبت به الحدّ، فلأنْ يثبت به المال أولىٰ.

ولأن المقرّ غير متّهمٍ علىٰ نفسه فيما يقرّ به، فوجب أن يلزمه حكم إقراره.

قال أبو الحسن: وإذا أقرّ البالغُ العاقلُ الحُرُّ بشيءٍ في ذمّته، أو فيما في يده، أو في بدنه بشيءٍ من حقوق الناس، جاز ذلك عليه وأُخِذ به، فإن رجع عنه

---

(١) الإقرار لغة: مشتق من قرّ الشيء إذا ثبت، وقيل: هو ضد الجحود.
وشرعًا: «هو إخبار عن ثبوت حق الغير علىٰ نفسه، وليس بإثباته». كما في أنيس الفقهاء ص ٢٤٣.
وفصّل الجوهرة: «عبارة عن إخبار عن كائن سابق، وإظهار لما وجب بالمعاملة السابقة، لا إيجاب ولا تمليك مبتدأ». ص ٣٢٠.

(٢) مزيدة من ب، رواه ابن جرير الطبري في تفسيره (٢٩/١٨٥)، دار الفكر، ط ١٤٠٥هـ.

(٣) رواه البخاري (٦٤٣٨)؛ ومسلم (١٦٩٣).

(٤) رواه البخاري (٢١٩٠)؛ ومسلم (١٦٩٧) من حديث أبي هريرة.

بعد إقراره لم يقبل رجوعه عنه، وسواءٌ كان الحقّ الذي أقرّ به لآدميٍّ مالاً أو غير مالٍ.

أمّا لزوم الإقرار؛ فقد بيّناه، وأمّا اعتبار البلوغ والعقل؛ فلأنّ قول الصبي والمجنون لا يتعلّق به حكمٌ؛ لقوله ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاث...**»[1].

فأمّا شرط الحريّة؛ فلأنّ العبد إذا أقرّ بالأموال، لزمته بعد الحريّة، وإذا أقرّ بالحدود والقصاص، لزمته في الحال، [فلمّا اختلف][2] حكم إقراره، شُرِط في جواز الإقرار الحريّة.

وأمّا إذا رجع لم يقبل رجوعه؛ لأنّ الحقّ قد لزمه للمقَرّ له، وفي رجوعه إسقاط حقّه، فلا يقبل قوله فيه.

قال: فإن كان ما أقرّ به حقًا لله تعالىٰ مجرّدًا من حقوق الناس، مثل الزنا، وشرب الخمر، و[حدّ] السرقة، فإن أقرّ بذلك ثم رجع عنه قبل استيفاء الحدّ، بطل الحدّ؛ لما روي أنّ ماعزًا لما مسّه حرّ الحجارة هرب، فاتبعوه فقتلوه، وذُكر ذلك للنبي ﷺ، فقال: «**هلا خلّيتم سبيله**»[3]، فجعل الهرب [الدالّ] علىٰ الرجوع كالرجوع.

فإذا وجد [صريح][4] الرجوع أولىٰ أن يسقط الحدّ؛ ولأنّ الحدود تسقط بالشبهة، والرجوع شبهةٌ، فسقطت به [الحدّ].

---

(١) رواه أبو داود (٤٣٩٨)؛ والنسائي (٣٤٣٢)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان فرواه في صحيحه (١٤٢).

(٢) في أ (فلا يختلف)، والمثبت من ب.

(٣) رواه أبو داود (٤٤١٩)؛ وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٥٨/٤): (إسناده حسنٌ).

(٤) في أ (مع)، والمثبت من ب.

قال: ويثبت عليه جميع ذلك بإقراره مرّةً واحدةً، إلا الإقرار بالزنا، فإنّه لا يلزمه إلا أن يقرّ أربع مراتٍ.

[وقال أبو يوسف: عدد الإقرار معتبرٌ بالشهود، فما كان الشهود فيه أربعةً، فالإقرار أربعةٌ، وما كان الشهود فيه اثنين، فالإقرار مرتان في الحدود].

وجملةُ هذا: أنّ كل ما جاز إثباته بشهادة شاهدين، جاز إثباته بإقراره مرّةً واحدةً[1] كالمال؛ ولأنّ السارق أقرّ عند النبي ﷺ بالسرقة فقطعه[2]، ولم يعتبر تكرار الإقرار.

لأبي يوسف: أنّ العدد في الإقرار بالحدود معتبرٌ بعدد الشهود فيها، كالإقرار بالزنا.

فأمّا الإقرار بالزنا، فقد بيّناه في كتاب الحدود، وقد روىٰ بشرٌ عن أبي يوسف في نوادره: أنّه رجع في الإقرار بالسرقة إلىٰ قول أبي حنيفة.

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف قال: وإذا قال: سرقت من هذا عشرة دراهم، لا بل سرقت من هذا عشرة دراهم، قال أبو حنيفة: أضمّنه للأوّل عشرةً، وأقطعه للثاني، وقال أبو يوسف: لا أقطعه حتىٰ يقرّ للثاني مرّة أخرىٰ.

وقال بشر: رجع أبو يوسف إلىٰ قول أبي حنيفة.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) رواه من حديث أبي أمية المخزوميّ: أبو داود (٤٣٨٠)؛ والنسائي (٤٨٩٢)؛ وابن ماجه (٢٥٠٧). قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/٣١٣): (في إسناده مجهولٌ أعلّه به الخطابي وعبد الحق والمنذري، وأما ابن السكن فذكره في سننه الصحاح، وأما الإمام فإنه قال في نهايته إنّه متفقٌ علىٰ صحته). خلاصة البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير، مكتبة الرشيد في الرياض، ط١، ١٤١٠هـ.

وهذا صحيحٌ ؛ لأنّ قوله: لا رجوع ـ ورجوعه مقبولٌ في الحدّ ـ غير مقبولٍ في المال ، فيضمن للأوّل ، ولا يقطع ، ثم قد استدرك علىٰ نفسه الإقرار بالسرقة للثاني ، واستدراكه مقبولٌ علىٰ نفسه[1] ، والعدد غيرُ معتبرٍ عند أبي حنيفة ، فيُقبَل[2] ويُقطَع .

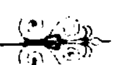
وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: إذا أقرّ بسرقةٍ أو شرب خمر أو زناً بعد حين ، أُخِذ بذلك ، إلا شرب الخمر ، فإنّه لا يؤخذ به في قول أبي حنيفة [وأبي يوسف] ، ويؤخذ به في قول محمدٍ .

وقد كان القياس: أن يُقبَل إقرار الإنسان بعد حينٍ بجميع الحدود ؛ لأنّه غير متهمٍ [علىٰ نفسه فيما يقرّ به ، فصار التقديم والتأخير سواءً ، وإنّما استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف] في الشرب إذا أقرّ به بعد ذهاب ريحه أن [لا] يقام عليه الحد ؛ لحديث ابن مسعودٍ: «**أنّ رجلاً جاء بابن أخيه ، فقال: إن هذا ابن أخي ، وإنه كان يتيمًا في حجري ، وقد شرب الخمر ، فسأله ابن مسعود ، فأقرّ ، فقال لعمه: بئس كافل يتيمٍ أنت ، إنّك لم تحسن أدبه ولا سترت خِزيته ، ثم قال ترتروه ، مزمزوه ، فإن وجدتم ريحًا فاجلدوه**»[3] ، فهذا يدلّ علىٰ أنّ بقاء الرائحة معتبرٌ في إقامة الحدود ، ولم ينقل عن أحدٍ من الصحابة خلاف ذلك ، وأمّا محمدٌ فذهب إلىٰ القياس .

قال: وإن جاء السكران في حال سكره يقرّ علىٰ نفسه ، لم يؤخذ بإقراره ؛ لأنّ السكران زائل العقل ، والحدود يُعتبر فيها الاحتياط ، فلا تثبت بقوله[4] . [٤٤٩/أ]

---

(١) (علىٰ نفسه) سقطت من ب .
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .
(٣) رواه البيهقي في الكبرىٰ (٣٣١/٨)
(٤) انظر: الأصل ٣٨٨/٨ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩٣/٣ .



بَابُ
الإقرارِ بما يكون مضموناً وبما لا يكونُ

قال أبو حنيفة: إذا أقرّ لرجل أنّ لفلانٍ عليّ ألف درهم، فهو جائزٌ، وهو دينٌ[1]؛ لأنّ «عليّ» من ألفاظ الوجوب، قال الله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولأنّه جعل الألف عليه، وذلك لا يكون إلا وهي في ذمّته.

قال: وكذلك إذا قال: له قِبَلي؛ لأنّ القبالة اسمٌ للضمان، ولهذا قالوا: بأنّ القِبالة والكفالة واحدٌ، وإذا كانت من ألفاظ الضمان اقتضت الذمّة، فإن قال المقرّ: هي وديعةٌ، ولم يوصلْ ذلك بإقراره، لم يُصدّق؛ لأنّ ظاهر قوله: «عليّ وقِبَلِي» يفيد الدين، فإذا قطع الإقرار، لزمه.

فإذا قال بعد ذلك: هو وديعة، ويريد أن يسقط عن نفسه ما لزمه، فلا يُقبل قوله، وأمّا إذا وصل ذلك بالكلام، فقال: له عليّ ألف [درهمٍ] وديعةً، (أو قبلي، أو قبلي ألف وديعةً)[2] صدِّق؛ لأنّ الكلام لم يستقرّ حتى وصل [به] ما يفيد سقوط الضمان، فكأنّه وصل به استثناءً، فيقبل قوله، ويصير قوله: عليّ، أي: عليّ تسليمها وحفظها.

فإن قال: له عندي ألف درهمٍ، فهي وديعةٌ؛ لأنّ هذا يقتضي[3] إقراراً بالحقّ

---

(١) انظر: الأصل ٢١٢/٨.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



في يده، وذلك وديعةٌ، إلا أن يُعلَم غير ذلك.

وكذلك لو قال: معي، لأنّ «مع» للمقارنة، وهذا يقتضي ما يثبت فيه في يده، وكذلك لو قال: في منزلي، أو بيتي، أو صندوقي، أو في كيسي؛ لأنّ هذا اعترافٌ بكونها في يده، [وقد تكون في يده المضمونة]، وقد يكون في يده الأمانة، والمضمون مثل الغصب، إلا ما لا يعلم[1] بالضمان، فيثبت المتيقَّن: وهو الأمانة، فإن قال الطالب: هي قرضٌ، لم يُصدّق؛ لأنّ القرض ثابتٌ في الذمّة، والمقرّ أقرّ بحقٍّ في يده.

فإن قال: له في مالي ألف درهمٍ، فهذا إقرارٌ له بذلك في ماله، ولم يبيّن محمدٌ في الأصل أنّه يكون مضمونًا أو لا يكون.

وكان أبو بكر الرازي يقول: إنّ هذا إقرارٌ بشركةٍ؛ لأنّه جعل ماله ظرفًا لما أقرّ به، وذلك يقتضي اختلاطه.

وكان الشيخ[2] أبو عبد الله يقول: إن كان ماله [محصورًا][3]، فهو إقرارٌ بشركةٍ؛ لأنّ الشركة يصحّ أن تثبت في مال محصورٍ، وإن كان غير محصورٍ فهو إقرارٌ في ذمّته؛ لأنّ الشركة في غير المحصور لا تثبت، فقد أقرّ أنّ ذلك في جملة ماله، فإذا لم يحضر حتىٰ يستحق [سهماً][4] منه، فقد حكمنا بذلك المال للمقِرّ، فيلزمه عوضه للمقَرّ له.

---

(١) في أ ب (إلا أنا لا نعلم الضمان).

(٢) في ب (شيخنا).

(٣) في أ (محظورًا)، والمثبت من ب، وكذا في المواضع الثلاثة الآتية.

(٤) في أ (شيئاً)، والمثبت من ب.

قال: فإن قال: له من مالي ألف درهمٍ، فهذه هبةٌ لا تجوز عليه إلا أن يدفعها؛ لأنّ «مِنْ» قد تكون للابتداء، فكأنّه قال: له مائة ابتداءً استحقاقها[1] من مالي، فهذا لا يكون إلا أن يملكه إياها، وقد تكون «مِنْ» للتبعيض، والتبعيض لا يصح فيما هو ماله، إلا أن يهب جزءًا منه.

قال: فإن قال: له من مالي ألف درهمٍ لا حق لي فيها، فهذا إقرارٌ؛ لأنّ ما وهبه له ينقطع حقّه عنه بالتسليم[2]، ولا يصحّ أن يحمل الإقرار علىٰ [هبةٍ غير مقبوضةٍ، فلم يبق إلا أن يُحمل علىٰ] ما قُبِض وتعلّق الاستحقاق به.

قال: فإن قال: له في دراهمي هذه ألفٌ، فهذا إقرارٌ، وهذا يجب أن يكون إقرارًا بالشركة علىٰ ما قدّمنا.

فإن قال: لفلانٍ عندي ألف درهم وديعةً قرضًا، وادّعىٰ الطالب القرض، فهو قرضٌ، وكذلك وديعة دينٍ أو بضاعةٍ[3]، وكذلك مضاربة قرضًا أو دينًا، أو وديعةً دينًا أو بضاعةً قرضًا؛ لأنّه لمّا جمع في إقراره بين الأمانة والضمان ـ والأمانة لا تطرأ علىٰ الضمان، والضمان يطرأ علىٰ الأمانة ـ وجب أن يُحْمَلَ إقراره علىٰ الضمان، وأنّ الشيء كان وديعةً، ثم صار قرضًا أو غصبًا.

قال: وإذا قال: لفلانٍ عندي ألف درهمٍ عاريةً، فهو قرضٌ، وكذلك كلّ ما

---

(١) في ب (استحقها).

(٢) في ب (لا ينقطع حقه عنه إلا بالتسليم).

(٣) (أو بضاعة) سقطت من ب.
والبضاعة: القطعة من المال، «أو المال التي تُقْتَنىٰ، أو تُعَدُّ للتجارة، يقال: ضع بضاعة وابتضعها». معجم المصطلحات الاقتصادية (بضاعة).



يكال أو يوزن أقرّ بعاريته؛ لأنّ العارية تقتضي استيفاء المنفعة المقصودة من العين، وذلك لا يكون في الدراهم إلا بالاستهلاك، وهذا معنى القرض أنّه: أذن باستهلاك العين بشرط ضمان الردّ[1].



(١) انظر: الأصل، ٢١٢/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٠٤/٣ وما بعدها.



بَاب
الإقرارِ بشيء مجهولٍ

قال: وإذا أقرّ أنّه غصبَ رجلاً شيئًا، ولم يبيّن ما هو، فإنه يلزمه من ذلك ما شاء، والقول قوله مع يمينه، ولا بد أن يقِرَّ بشيءٍ يتمانعه الناس، ويحلف على دعوىٰ المغصوب منه.

أما جواز الإقرار، فقد بيّناه، وأما الإقرار بالمجهول، فالدليل عليه قوله تعالىٰ: ﴿بَلِ ٱلۡإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفۡسِهِۦ بَصِيرَةٞ﴾ [القيامة: ١٤]، ولم يُفَصّل؛ ولأنّ المقِرّ إنّما يقر بما لزمه الإقرار به ويثبت في ذمته، وقد يلزم الإنسان الحقوق المجهولة، فإذا أقرّ بها جاز.

وليس كذلك الشهادة؛ لأنّ الشهادة لا بد أن يعلم ما يشهد به، والمجهول لا يعلمه؛ ولأنّ الشهادة لا يتعلّق بها حكمٌ، إلا أن ينضمّ إليها حكم الحاكم، والحاكم لا يحكم بتسليم المجهول.

فإذا ثبت لزوم الإقرار والبيان إلىٰ المقرّ، فإن بيّن وإلا أجبره القاضي على البيان؛ لأنه أقرّ بلزوم حقٍّ في ذمّته، ومن لزمه حقٌّ مجهولٌ فبيانه عليه، كمن أعتق أحد عبيده، وكمن باع قفيزًا من صُبْرةٍ لزمه تمييزه، [ولا بدّ أن يقرّ][1] بشيءٍ يتمانعه الناس ويقصدونه بالغصب؛ لأنّه أقر بالغصب، وما لا يُتمَانع لا يُغصَب.

ولهذا قالوا: لو بيّن ما يغصبه الناس مما لا قيمة له أو لا يُضمَن، صُدِّق،

---

(١) في أ (ولأنّه إن أقرّ)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

مثل أن يقرّ بغصب العقار، أو بغصب خمرٍ على مسلمٍ، أو بغصب صبيٍّ حرٍّ، أو بغصب جلد ميتةٍ، فإنه يُقبَل ذلك كلّه، وإن لم يضمن؛ لأنّ الناس يقصدون ذلك بالغصب.

وأمّا اليمين، فإن ادَّعَى المقَرّ له أكثر مما قاله المقِرّ استُحلِف على الزيادة؛ لأنّ الأصل براءة الذمة، فما بيّنه تيقّنّا لزومه، وما لم يبين به لا يُعلَم لزومه، فيُستحلَف عليه.

قال: فإن أقرّ أنّه اغتصب من رجلٍ عبدًا، أو ثوبًا، أو شاةً، أو بقرةً، أو بعيرًا، أو شيئًا من العروض، فإنّه يلزمه واحدٌ من ذلك، والقول قوله أنّه هذا، صحيحًا كان أو معيبًا، وما كانت قيمته إذا كان قائماً في يده؛ لأنّ الغصب إيقاع فعلٍ في عين، ولا يقتضي صحة العين، فإذا بيّن ما يتناوله الاسم، فالقول قوله فيه؛ لأنّا لم نتيقّن وجوب ما زاد عليه، فإن كان مُستهلَكًا فعليه قيمته [٤٤٩/ب].

والقول قول المقرّ فيها مع يمينه؛ لأنّ الغصب يقتضي ردّ العين ما أمكن ردّها، أو ردّ قيمتها إذا تعذّر ردّ العين، ومن لزمه ضمان شيءٍ، فالقول قوله في مقداره مع يمينه[١]، وكذلك الدار والأرضُ، يعني: إذا أقرّ بغصبها.

قال: ولو أقرّ أنّه غصب دارًا، وقال: هي بالبصرة، فالقول قوله؛ لأنّ الإقرار يقتضي غصب دارٍ، فلا يختصّ بمكانٍ.

فإن قال: هي هذه التي في يد زيدٍ، وزيدٌ ينكر، فالقول قوله في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، ولا ضمان عليه في قولهما، ويضمن قيمتها في قول

(١) (مع يمينه) سقطت من ب.

محمدٍ؛ وذلك لأنّ من أصلهما أنّ العقار لا يُضمَن بالغصب، وقد بيّنا ذلك، فإذا بيّن ما غصبه على وجهٍ لا يلزمه ضمانه، صُدّق فيه.

وأمّا على قول محمدٍ: فالعقار يُضمن بالغصب، فإذا أقرّ بغصبه وتعذّر ردّه لزمه ضمانه.

قال: وإذا أقرّ[1]: أنّ لفلانٍ عليّ حقًا، أو [قال]: لفلانٍ عليّ شيءٌ، فالقول في ذلك ما قال المقرّ يقرّ بما شاء، لما بيّنا أنّ من لزمه حقٌّ مجهولٌ، فالقول قوله في بيانه، ولا بدّ أن يبيّن هاهنا ماله قيمة؛ لأنّ «عليّ» تقتضي ثبوت الحقّ في الذمة، ولا يجوز أن يثبت في ذمّته إلا ما يتقوّم.

وإذا قال: له عليّ قفيز حنطةٍ، فهو بقفيز البلد، وكذلك الرطل والأَمْنَاء[2] والصنَجَات، فذلك كلّه على وزن البلد؛ لأنّ إطلاق الكيل والوزن انصرف إلى المعتاد في المصر بدلالة البياعات[3].

(١) في ب (قال).

(٢) (المَنا والمَنَاة: كيلٌ أو ميزانٌ، جمعه أَمْنَاء وأَمنٍ ومُنِيٌّ ومِنِيٌّ). القاموس المحيط؛ وفي المعجم الوجيز: «معيار قديم كان يُكال به أو يوزن»، «والمَنُّ = ٢٥٧,١٤ درهمًا = ٢٤ أوقية = رطلان = ٨١٥,٣٩ غرامًا». معجم لغة الفقهاء (المقادير). (منو).

(٣) انظر: الأصل ٢٥٢/٨.

بَابُ
الإقرارِ بالدراهم

وإذا أقرّ الرجل أنّ لفلانٍ عليّ ألف [درهمٍ]، وذكر عدداً أقلّ من ذلك أو أكثر، فإنّه على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان.

فإن ادّعى المقِرّ أقلّ من ذلك الوزن، لم يُصدّق، فإن أقرّ بذلك بالكوفة فعليه وزن سبعة، ولا يُصدّق على النقصان إذا لم يبيّن وزنها مع كلامٍ موصولٍ، وذلك لأنّ الدراهم اسمٌ للوزن، ألا ترى أنّ الدرهم موزون، وجملة الموزون موزونٌ[1]، والوزن يرجع فيه إلى غالب وزن البلد؛ لأنّه هو المعتاد الذي ينصرف إليه الإطلاق، كما يعتبر الغالب من نقد البلد في إطلاق العقود.

فأمّا بالكوفة فوزنهم وزن سبعةٍ، ولا يُصدّق المقِرّ في أقلّ من ذلك، ومعنى قوله وزن سبعةٍ أي: كلّ عشرةٍ منها وزن سبعة مثاقيل، وكلّ درهمٍ وزن أربعة عشر قيراطًا، وهذا هو الوزن الشرعيّ الذي يتعلّق به نصاب الزكاة ونصاب السرقة؛ وذلك لأنّ الدراهم كانت مختلفةً، منها ما وزنه مثقال عشرون قيراطًا، ومنها ما وزنه اثنا عشر قيراطًا، ومنها ما وزنه عشرة قراريط، وكان الناس إذا تبايعوا اختلفوا، فاستشار عمر رضي الله عنه الصحابة رضي الله عنهم في ذلك، فأشاروا عليه أن يجعل الدرهم الوسط من ذلك، فجمع[2] ثلاثةً منها من كلّ نوع درهمٍ، فكان اثنين

(١) في ب (مثله).

(٢) في ب (فجعل).

وأربعين قيراطًا، فجعلها بثلاثة دراهم متساوية[١]، واستقرّت أحكام الشريعة علىٰ ذلك.

فالوزن إذا أطلق حمل عليها، إلا أن يكون في بلدٍ غالب وزنهم أقلّ من سبعةٍ، فيحمل عليه.

قال: فإن كان في بلادٍ يتبايعون فيها علىٰ دراهم معروفة الوزن فيما [بينهم] ينقص من وزن سبعةٍ، فالقول قول المقِرّ، فإن أراد أن ينقص من قدر وزن ذلك البلد لم يُصدَّق؛ وذلك لما بيّنا أنّ الوزن ينصرف إلىٰ المعتاد في المصر الذي وجد[٢] فيه الإقرار، وإذا اعتادوا وزنًا ناقصًا حُمِل الإقرار عليه، فإن كان في بلدٍ أوزانهم مختلفةٌ، فهو علىٰ أقلّها؛ وذلك لأنّ العادة في الوزن إذا اختلفت ولم يغلب بعض الأوزان علىٰ بعضٍ تساوت، والأقلّ متيقّنٌ دخوله تحت الإقرار، وما زاد عليه مشكوكٌ فيه، فلا يُستَحقّ.

قال: ولو أقرّ بضربٍ من الدراهم، فقال: له علي مائة درهمٍ أصبهبدية[٣] عددًا، ثم قال بعد ذلك: إنما عنيت (هذه الصغار)[٤]، فإنما عليه وزن سبعةٍ؛ لما بيّنا أنّ الدراهم اسمٌ للوزن، فكأنه ذكر الوزن وضمّ العدد إليه، فلا يتعلّق بذكر العدد [حكمٌ].

---

(١) ذكر حادثة الدرهم العربي هذه: ابن الأثير الجزري في الكامل في التاريخ (١٦٧/٤)، والبلاذري في فتوح البلدان (٤٥١)، لكن الرواية عندهما ليس فيها أنّ عمر من أمر بذلك، وعند ابن الأثير في الكامل أن ذلك كان في عهد عبد الملك بن مروان.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في المبسوط (٥/١٨): (أسبهبدية)، قال السرخسي: (الأسبهبدية فارسيةٌ معربةٌ، معناه أسبه سالادية، والصغار هو الذي تسميه الناس مهراً، تكون ستة منه بوزن درهم).

(٤) في ب (المعتاد).

والأصبهبدية: بيان نوعٍ، كقوله: سودٌ[1]، فلا [يتغير][2] حكم الوزن بها.

وقال أبو حنيفة: لو أقرّ [أنّ] عليه مائة درهم سوداء [كبار][3]، ثم قال بعد ذلك: هي عليّ وزن سبعةٍ، وقال الطالب: هي مائةُ مثاقيل، فالقول قول المقرّ مع يمينه.

قال محمدٌ: الدراهم عندنا في بلادنا [كلّها] على وزن سبعةٍ، لا ينقص ولا يزيد، إلا أنْ يبيّن زيادةً تُعرَف أو نقصانًا يُعرَف في الوزن موصولاً؛ وذلك لأنّ السود بيانٌ للجنس، والدراهم [اسمٌ للوزن، فلا يتغيّر حكم الوزن بذكر الجنس]، فأمّا إذا ذكر المقِرّ زيادةً على ذلك، فقد فسّر أكثر ممّا يقتضيه الظاهر، فيقبل قوله، وإن فسّر أقلّ من ذلك موصولاً صُدّق، وصار بذلك كالاستثناء من الجملة.

فإن قال: لفلانٍ عليّ مائة درهمٍ مثاقيل، كان عليه ما قال؛ لأنّه بيّن قدرًا[4] زائدًا، فإن قال: [له] عليّ مائةٌ وزن خمسةٍ، فهو كما قال؛ لأنّه بيّن النقصان ووصله بكلامه، فصار كالاستثناء المتّصل، فإن قال: له عليّ درهمٌ وزنه نصف درهمٍ، فهو مُصدّقٌ إذا وصل، وإذا لم يصل وسمّى درهمًا فهو وزن سبعةٍ؛ وذلك لأنّه إذا وصل فقد عدل عن إطلاق الكلام بلفظٍ متصلٍ، فصار كالاستثناء، وإذا قطع استقرّ الوزن عليه، فلا يُصدّق في النقصان فيه.

فإن قال: عليّ دريهمٌ أو دنينيرٌ، فعليه درهمٌ تامٌّ، ودينارٌ تامٌّ[5]؛ وذلك لأنّ

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في أ (يعتد) والمثبت من ب.
(٣) في أ (جاز)، والمثبت من ب.
(٤) في ب (وزناً).
(٥) (ودينار تام) سقطت من ب.

التصغير قد يذكر لحجم[١] الدينار، وقد يذكر عن طريق الاستقلال له، فلم يجز أن ينقص من الوزن الذي اقتضاه الظاهر[٢] بالاحتمال.

وقال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف في نوادره: في رجل قال: لفلانٍ عليّ شيءٌ من دراهم أو شيءٌ من الدراهم، قال: عليه ثلاثة دراهم؛ وذلك لأنّ قوله: «شيءٌ» إقرارٌ مبهمٌ، وقوله: «من الدراهم» تمييزٌ لما أقرّ به، وأقلّ اسم الدراهم يتناول[٣] ثلاثةً، فيحمل عليها.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: وإذا قال: لفلانٍ عليّ دراهم [كثيرةٌ، أجعل عليه عشرة دراهم]؛ وذلك لأنّ الدراهم اسمٌ يتناول [الجمع]، أقلّه ثلاثةٌ، وأكثره عشرةٌ، وما زاد على ذلك من العدد لا يفسر بدراهم، فصار أكثر ما يتناوله الاسم عشرة، فحمل اللفظ عليها.

ولم يذكر قولهما: [٤٥٠/أ] وقيل[٤] قالا في هذه المسألة: إنّه يلزم المقِرّ مائتا درهمٍ، أدنىٰ ما يجب فيه الزكاة من النوع الذي أقرّ به؛ لأنّ النصاب في حكم الكثير، ألا ترىٰ أنّ الإنسان يخرج به من حيّز الفقر إلىٰ حيّز الغنىٰ[٥].

وقال أبو يوسف: إذا قال: له عليّ مالٌ كثيرٌ أو عظيمٌ، فعليه مائتا درهمٍ، وإن قال: أموالٌ عظامٌ، فإنّي أجعلها ستمائة؛ لأنّ النصاب مستعظمٌ في الشرع حين خرج به الإنسان من الفقر إلىٰ الغنىٰ، فحُمِل الإقرار عليه، ولم يُصدّق في

(١) في ب (جملة).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٤) في ب (وقد).
(٥) في ب (من حيز الفقراء إلىٰ حيز الأغنياء).



النقصان عنه.

فإذا قال: أموالٌ عظامٌ، فهو جمع للمال، فيحمل علىٰ ثلاثة أموال، ولم يذكر في الأصل قول أبي حنيفة في هذا [الفصل][1]، فمن أصحابنا من قال: [إنّ] قوله مثل قولهما، ومنهم من حمله علىٰ العشرة وجعله كدراهم كثيرةٍ، ومنهم من قال: أعتبر فيه حال المقِرّ وما يستعظمه مثله في العادة.

وقد قال الشافعي: إنّ المرجع في ذلك إلىٰ بيانه، [وألغىٰ][2] الصفة[3]. وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنّ المفهوم من قولنا: «مالٌ عظيمٌ»، أكثر ممّا يفهم من قولنا: «مالٌ»، ولا يجوز إلغاء اللفظ مع إمكان حمله علىٰ وجهٍ صحيح.

قال: ولو قال: غصبت إبلاً كثيرةً، جعلت عليه خمسًا وعشرين إبلاً[4]؛ وذلك لأنّ الكثير عنده هو النصاب، ونصاب الإبل المستكثرة هو ما يجب فيه الزكاة من جنسها، فأمّا الخمسة وإن كان نصابًا فلم تُجعَل في حدّ الكثير؛ فلذلك يوجب [الغنم][5].

قال: فإن قال: له عليّ حنطةٌ كثيرةٌ، فإنّي أجعل عليه خمسة أوسق، والوَسْقُ ستون صاعًا، وهذا علىٰ أصلهما: أنّ النصاب في الخارج من الأرض يتقدّر بالأوسق، فيُحمل الكثير عليه، كما يحمل علىٰ النصاب في بقية الأموال.

---

(١) في أ (الأصل)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٢) في أ (فالغني) والمثبت من ب.
(٣) وقال الشافعي: «... فالقول قوله مع يمينه». الأم ص٦١٢.
(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٥) في أ (النعم) والمثبت من ب.



فأما على قول أبي حنيفة: فلا نصاب للحنطة، فيرجع في ذلك إلى بيان المقِرّ، إلا أنّه لا بدّ من أن يبيّن زيادةً على ما يقبل بيانه فيه لو قال: عليّ حنطةٌ، حتى لا يلغي الصفة.

فقال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ طبرية، أو درهمٍ طبريٍّ: فإن قال هذه المقالة ببغداد، فعليه ألف درهم وزن سبعةٍ من الطبريّة، ولو قال عليه ألف درهم مروزيّةٌ، فقال هذا ببغداد، كان عليه دراهم بوزن بغداد مروزيّةٌ؛ [وذلك] لأنّ الدراهم اسمٌ للوزن، وذِكْر الطبريّة والمروزيّة بيانٌ للصفة، فلا يغيّر حكم الوزن.

ولو قال ببغداد: له عليّ كُرّ حنطةٍ[1] موصليٌّ، كان عليه موصليّةٌ[2] بكُرّ بغداد.

ولو قال بالموصل: له عليّ كُرّ حنطةٍ سواديٌّ، فعليه كُرّ حنطةٍ سواديٌّ بكيل الموصل؛ لأنّ الكُرّ اسمٌ للكيل، فإذا ضم إليه الموصل والسوادي، فهو بيانٌ للصفة، فلا يغيّر حكم الكيل عن ظاهره.

وقال ابن سَمَاعة في موضعٍ آخر في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ قال: لفلانٍ عليّ درهمٌ طبريٌّ، فعليه درهمٌ وزنٌ من الطبريّة، فكذلك لو قال: عليه أو [سنديّةٌ، أو نَجيّةٌ][3]، إنما هذه أجناسٌ، فهو على ما سمّى من الجنس وزن سبعةٍ، وهذا على ما قدّمنا.

---

(١) الكُرُّ بالصاع = ٧٢٠ = ٢٣٤٨،٢٨٠ غرامًا لدى الحنفية = ١٥٦٣،٨٤٠ غرامًا عند الجمهور. والتقدير فيه خلاف لدى أهل التقدير. معجم لغة الفقهاء (المقادير).

(٢) في ب (حنطة الموصل).

(٣) في أ (سيبية أو نحسية) والمثبت من ب.



ولو قال: لفلانٍ عليّ دينارٌ شاميٌّ، أو كوفيٌّ، أو دينار مثقال[1]، والدينار مخالفٌ للدرهم في هذا، إنّما ينسب الدينار إلىٰ الوزن، وليس إلىٰ الجنس، ألا ترىٰ أنّ نقصان الدينار وضيعةٌ فيه ليس علىٰ النقصان، ولكنّه لا يجوز كما يجوز الدينار الوازن، إنّما يجوز كما يجوز التبر، وله وضيعةٌ لنقصانه، ليس نقصان الوزن، ولكنّه نقصانٌ؛ لأنه لا يجوز مكانه دينارٌ وازنٌ، ألا ترىٰ أنّ رجلاً لو كان له علىٰ رجلٍ دينارٌ فأعطاه دينارين صغيرين (يكونان دينارًا، فإنّا لم نجبر علىٰ قبض ذلك، فأمّا الدراهم فإنّي أجيز درهمين صغيرين)[2] وزنهما درهمٌ بدرهمٍ، فكأنه أشار إلىٰ [أنّ] الدينار الشاميّ والمثقال ينصرف الإقرار فيه إلىٰ الوزن والعدد، فلا يجوز أن يعطي دينارين صغيرين، وهذا علىٰ عادةٍ عرفها: أنّ الدينار النّاقص الوزن ينقص ثمنه، لا لنقصان وزنه خاصّةً[3]؛ ولكن لأنّ نقصان الوزن معه نقصان الصفة، فيعتبر الوزن والعدد.

فأمّا الدراهم فلم يكن نقصان الوزن فيها وضيعةً، فاعتبر الوزن خاصّةً دون العدد[4].



(١) في ب (فقال).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) انظر: الأصل، ٨/٢٠٤ وما بعدها.



بَابُ
الإقرارِ بالدراهم ثم يَدعي أنها زُيوفٌ

قال في الأصل: قال أبو حنيفة: إذا أقرّ الرجل بألف درهم وزن سبعةٍ قرضًا، أو [من] ثمن بيعٍ، ثم قال بعد ذلك: هي زيوفٌ، أو بَهْرَجةٌ، فإنّه لا يُصدّق، وهي جيادٌ على ما يتبايع الناس [ويتقارضون][1]، وكذلك لو وصل بنطقه لم يُصدّق على ذلك في قول أبي حنيفة، (وقال أبو يوسف ومحمدٌ: إن وصل صُدّق، وإن قطع لم يُصدّق.

أما البيع، فوجه قول أبي حنيفة)[2]: أنّ العقد يقتضي صحّة المعقود عليه، فلا يقبل قوله في استحقاق المبيع[3]، كما لو قال: بعتك هذا العبد على أنّه معيبٌ، لم يُصدّق على ذلك وإن وصل.

وجه قولهما: أنّه لما وَصَلَ ذلك بإقراره فقد التزم ثمنًا[4] بصفةٍ، فهو كما لو قال: ألفٌ سود مِن ثمن مبيعٍ.

فأمّا القرض فعنه روايتان: جعله في هذه الرواية كالبيع؛ لأنّه معاوضةٌ وتمليك الشيء بمثله، فهو كالبيع، وقال في الرواية الأخرى: يُقبَل قوله إذا وصل؛ لأنّ

---

(١) في أ (يتعارفون)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة إذ الكلام عن البيع والقرض، وهكذا في الأصل، ٨/٢١٤.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (العيب).

(٤) في ب (مالاً).

القرض يتمّ بالقبض، فهو كالغصب، ولو قال: غصبته ألفًا زيوفًا، كان القول قوله، كذلك القرض.

قال: ولو أقرّ أنّه غصبه ألف درهمٍ، ثم قال بعد ذلك: هي بهرجةٌ أو زيوفٌ، كان كما قال، وَصَلَ أو قَطَعَ[(١)]، وكذلك لو قال: له عندي ألف درهمٍ وديعةً، ثم قال بعد ذلك، هي بهرجةٌ أو زيوفٌ، كان كما قال، وصل أو قطع؛ لأنّ الوديعة والغصب إيقاع فعلٍ في عينٍ لا يقتضي صحّة العين، فالقول قوله فيما وقع عليه الغصب، ألا ترىٰ أنّه لو قال: غصبته عبدًا، أو أودعته[(٢)] عبدًا، ثم جاء بعبدٍ معيبٍ صُدّق، كذلك العيب في الدراهم.

[قال]: فإن قال: له عليّ ألف درهمٍ، ولم ينسب ذلك إلىٰ بيعٍ ولا قرضٍ، ثم قال: هي زيوفٌ، لم يُصدّق إن قطع الكلام، وإن وصل صُدّق في قول أبي يوسف ومحمدٍ.

وهذا الأصل[(٣)] لا خلاف فيه؛ لأنّه لم ينسب ذلك إلىٰ عقدٍ يقتضي صحّة المعقود عليه، فإن وصل بكلامه الزيوف (لزمه علىٰ ما أقرّ به، فإن قطع فقد ثبت الحقّ في ذمّته، وإطلاق الدراهم يقتضي الجياد)[(٤)]، فإذا فسّر بالزيوف منقطعًا[(٥)] فقد عدل عن ظاهر كلامه، فلا يُصدّق.

وأمّا إذا قال: أودعني ألف درهمٍ، قال: هي رصاصٌ، أو سَتُّوقةٌ[(٦)]، فإن

---

(١) (وصل أو قطع) سقطت من ب.
(٢) في ب (أودعتني).
(٣) في ب (الفصل).
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٥) في ب (بكلام منقطع).
(٦) أي زيفٌ بهرجٌ. انظر مختار الصحاح (ستق).

وصل الكلام صُدّق ، وإن قطع لم يُصدّق ؛ لأن السَّتُّوقَة ليست من جنس الدراهم [٤٥٠/ب] ، فإذا قطع لزمته الدراهم ، فلا يُصدّق في بيان ما ليس من جنسها ، وأمّا إذا وصل فقد عدل عن ظاهر كلامه بلفظٍ متصلٍ ، فيصير كعدوله عن العدد بالاستثناء.

قال بشرٌ عن أبي يوسف: في رجلٍ[١] قال: غصبتك ألف درهمٍ زيوفًا ، فإنّ أبا حنيفة قال: أصدّقه ، وقال أبو يوسف: إن قطع ما بين الزيوف والألف بكلامٍ ، لم أصدقه ، وهذا خلاف الرواية الأولىٰ.

والظاهر: أنّه يُصدّق في الوجهين ؛ لأنّ الغصب لا يقتضي صحّة المغصوب ، فالقول قوله قطع أو وصل.

ووجه هذه الرواية[٢]: أنّ إطلاق الدراهم يقتضي الجياد ، والغصب يثبت في الذمّة ، فإذا استقرّ الإقرار بالسكوت لم يُصدَّق في بيان ما لا يقتضيه الظاهر.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: أودَعَني ألف درهمٍ ، أو أعطاني ألف درهمٍ ، ثم جاء بها زيوفًا أو بهرجةً ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن لم يصل ذلك بالكلام الأوّل. وكذلك قال أبو يوسف.

أمّا أبو حنيفة فمضىٰ علىٰ الظاهر: أنّ الوديعة قبضٌ لا يقتضي صحة المقبوض ، فالقول قول المودَع في البيان.

وأمّا أبو يوسف: ففرّق في إحدىٰ الروايتين بين الغصب والوديعة ؛ لأنّ الغصب ثبت في الذمّة ، فإذا استقرّ الإقرار بالسكوت لم يُصدّق في نقصان

(١) (في رجل) سقطت من ب.

(٢) في ب (وجه الرواية الأخرىٰ).



الصفة، وأمّا الوديعة فلا تثبت في الذمّة، فالقول قوله في بيانها.

قال أبو يوسف: إذا قال: سَتُّوقة، صدّقته في الغصب والوديعة إذا وصل، وكذلك قال أبو حنيفة (إذا وصل.

قال أبو حنيفة)[1]: ولا أصدّقه إذا قطع؛ لأنّ الستُّوقَة ليست بدراهم، فإذا بيّن ذلك بكلامٍ منقطعٍ، فهو رجوعٌ عمّا أقرّ به من الوديعة، فلا يُصدّق.

قال: وإذا قال: ابتعتها بألفٍ سَتُّوقة، لم يُصدَّق في قول أبي حنيفة، وهي جيادٌ، وقال أبو يوسف: يُصدَّق، والبيع فاسدٌ.

أمّا أبو حنيفة: فمضىٰ علىٰ أصله: أنّ العقد يقتضي صحة المعقود عليه، وكما لا يُصدّق في الزيوف، فكذلك في السَّتُّوقة.

وأمّا أبو يوسف فقال: أقرّ بالبيع بثمنٍ موصوفٍ فيُصدَّق فيه، كالسود والبيض، إلا أنّ البيع فاسدٌ؛ لأنّ الستُّوق لا يصح إطلاقها في العقد، كما لا يصح إطلاق العروض، فيفسد البيع لذلك.

قال ابن سَمَاعة: سمعت أبا يوسف قال: في رجلٍ أقرّ فقال: لفلانٍ عليّ ألفٌ بيضٌ زيوفٌ، أو سودٌ زيوفٌ، أو مكسرةٌ زيوفٌ، أو وضحٌ[2] زيوفٌ، فهو مُصدّقٌ إذا وصل؛ لأنّ الزيوف قد تكون بيضاء، وقد تكون سوداء، فالقول قول المقِرّ في ذلك.

ولو قال: له عليّ ألف درهمٍ جيادٍ زيوفٍ، فهي جيادٌ، وكذلك لو قال: نقد

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) الوَضَح: الدرهم الصحيح. انظر: القاموس المحيط، (وضح).

بيت المال زيوفٌ ، فإنّه لا يُصدّق ؛ وذلك لأنّ الجياد لا تكون زيوفًا ، فلمّا أقرّ بالجياد ثم ذكر الزيوف فقد رجع عن إقراره ، فلا يقبل[1] ، وكذلك نقد بيت المال عبارةٌ عن الجياد ، فلا يقبل قوله في الزيوف.

ولو قال: له عندي ألف درهمٍ وديعةً ، ثم جاء بألفٍ زيوفٍ ، صُدّق ، وهذا علىٰ ما قدّمنا.

فلو جاء بسَتُّوقة وقال: هي هذه ، لم يُصدّق ؛ لأنّ الستُّوقة ليست بدراهم ، وقوله يقبل[2] في بيان صفة ما أقرّ به ، فأمّا إذا بيّن جنساً غير الجنس[3] المقَرّ به ، لم يقبل قوله فيه.

قال أبو عبد الله: ولو قال: له عليّ عشرة دراهم إلا درهمًا زائفًا ، ففي قول أبي يوسف: له عليه عشرة [دراهم] جياد ، [وعلىٰ المقَرّ له درهمٌ زائفٌ ، فيدفع المُقِرّ عشرة دراهم جياد] ، ويأخذ درهمًا زائفًا ، وفي قول أبي حنيفة: عشرة [دراهم] جياد.

أما أبو حنيفة فقال: إنّ الجودة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا ، لا قيمة لها ؛ ولهذا قال: إن من اقتضىٰ دينه زيوفًا وهو لا يعلم به ، فأنفقه ، لم يرجع بشيء ، فإذا قال: له علي عشرةٌ إلا درهمًا زائفًا ؛ لو صحّحنا الاستثناء لزم المقَرّ له درهمٌ زائفٌ ، والمقِرّ عشرةٌ جيادٌ ، والزائف عنده يصير قصاصًا بالجيد ، وكان يلزمه تسعةٌ جيادٌ ، ويصير الاستثناء في درهمٍ جيدٍ ، وهو لم يستثن هذا ، فبطل الاستثناء.

---

(١) في ب (يصدق).

(٢) في أ (لم يقبل) ، بزيادة (لم) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

وأمّا أبو يوسف: فعنده أنّ الجودة لا يسقط حكمها، ويلزم المقِرّ عشرةٌ جيادٌ، والمقَرّ له درهمٌ زائفٌ، وهما مختلفان، فلا يثبت بينهما القصاص، فدفع كلّ واحدٍ منهما ما وجب عليه.

قال: ولو قال: عشرة دراهم إلا درهمًا سَتُّوقًا، فعليه عشرة دراهم إلا قيمة درهم سَتُّوق، وكذلك قياس قول أبي حنيفة؛ [لأنّ] الاستثناء من غير الجنس يجزئ عندهما، والستوق يجري مجرئ العروض، ألا ترئ أنّها لا تصير قصاصًا بالجياد، فيسقط من العشرة قيمة الدرهم السَّتُّوق(١).



(١) انظر: الأصل، ٢١٣/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥٠٣/٣.

بَابُ
ما يكون إقرارًا بقبضِ ما أقر به أو لا يكون

قال ابن سَماعة عن أبي يوسف في رجل قال: أقرَضني فلانٌ ألف درهمٍ، ثم قال: لم أقبضها منه، إنّما طلبت إليه فأقرَضني ولم أقبض، قال: لا أصدّقه، والمال لازمٌ له.

و[قد] كان القياس أنْ يصدق؛ لأنّ [القرض][1] اسمٌ للعقد، والقبض يتمّ العقد به كما يتمّ عقد البيع، ومعلومٌ أنّ الإقرار بالبيع لا يشتمل على الإقرار بالقبض، فكذلك القرض؛ ولأنّه أضاف الفعل إلى المقرض، ولم يضفه إلى نفسه، فلم يكن في اعترافه ما يدلّ على القبض.

وجه الاستحسان: أنّ القرض لا يتمّ إلا بالقبض، فهو كالقبول في البيع، ومعلومٌ أنه لو أقرّ بالبيع وجحد القبول لم يقبل قوله، كذلك إذا أقرّ بالقرض وجحد القبض.

وليس هذا كمن أقرّ أنّه اشترى عبدًا بألف درهمٍ، وزعم أنّه لم يقبضه؛ لأنّ عدم القبض في البيع لا يخرجه من أن يكون بيعًا، فلم يكن في دعواه عدم القبض رجوعٌ عمّا اعترف به من البيع، وعدم القبض في القرض يبطل القرض، فدعواه لذلك رجوعٌ.

قال ابن سَمَاعة عن محمدٍ في رجلٍ قال: أعطيتني ألفًا، أو أقرضتني ألفًا،

---

(١) في أ (القبض)، والمثبت من ب.

أو أودعتني ألفًا، أو أسلفتني ألفًا، أو أسلمت إليّ ألفًا، ثم قال بعد ذلك: لم أقبضها [٤٥١/أ]، لم أصدّقه، وإن وصل الكلام بهذا صدّقته.

والقياس في هذا على ما بيّنا: أنه أضاف العطاء والقرض والوديعة والسلف إلى المقَرّ له، فلم يدلّ ذلك على الاعتراف بفعله.

والاستحسان في القرض ما قدّمناه، وكذلك قوله: أعطيتني؛ لأنّه إذا لم يقبض فإنّما عرض عليه العطاء، ولم يعطه، وهو إنما اعترف بالعطاء، وقوله: أودعتني اعترافٌ بما قبض؛ لأنّه لو لم يقبض لكان قد عرض عليه الوديعة، [وأمّا][1] قوله: أسلفتني، أو أسلمت إليّ، فهي عبارةٌ عن القبض؛ لأنّ السلم والسلف في اللغة عبارةٌ عن عقدٍ يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر.

فإذا قال: لم أقبض متصلاً بكلامه، فهو كالاستثناء المتصل، فيُصدّق فيه.

قال: ولو قال: نقدتني ألفًا فلم أقبضها، أو دفعتَ إليّ ألفًا[2] فلم أقبض، لم يصدّق في قول أبي يوسف وإن وصل، وقال محمدٌ: يُصدّق.

لأبي يوسف: أنّ قوله: نقدتني، يقتضي القبض؛ بدلالة أنّهم يقولون: فلانٌ يبيع بالنقد، فيفهم من ذلك التقابض، فكأنّه قال: أقبضتني، ثم رجع.

وجه قول محمدٍ: أنه أضاف النقد إلى فعل نفسه[3]، فهو كقوله: أقرضتني، وأعطيتني، فيصدق إذا وصل.

(١) في أ (فإنما)، والمثبت من ب.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في ب (غيره)، والمثبت من أ.

[قال]: فإن قال: بعتني دارك بألف درهمٍ، أو أجّرتني، أو أعرتني، أو وهبتها لي، أو تصدّقت بها عليّ، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض، فإنّي أصدقه، وصل أو لم يصل؛ وذلك لأنّ البيع يتم دون القبض، وكذلك الإجارة، فلم يلزم في الاعتراف بهما اعتراف بالقبض.

وأمّا الهبة والعارية والصدقة، فإذا قال: لم أقبضها، فإنّه أسقط حقّ نفسه عنها، وقول الإنسان مقبولٌ فيما يسقط به حقّه، وإن خالف ظاهر كلامه[1].

(١) انظر: الأصل، ٨/٢١٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٠٨.

بَابُ
الإقرارِ بعددٍ مجهولٍ

قال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف فيمن قال: لفلانٍ عليّ دراهم مضاعفةٌ(١)، فعليه [ستّةٌ](٢)؛ لأنّ اسم الجمع أقلّ ما يتناوله ثلاثة، والتضعيف ([أقله] مرةٌ واحدةٌ)(٣)، وضعف الثلاثة ستّةٌ.

فإن قال: له عليّ دراهم أضعافًا مضاعفةً، فله عليه ثمانية عشر درهماً؛ لأنّ الأضعاف جمعٌ فيقتضي أقلّه ثلاثةً، والدراهم أقل ما يتناول ثلاثةً، فإذا ضعّفت ثلاث مراتٍ كانت تسعةً، وقوله: مضاعفةً، يقتضي ضعف ذلك، فيكون ثمانية عشر.

ولو قال: له عليّ دراهم أضعافًا، فهو تسعةٌ؛ لأنّ الأضعاف جمعٌ فإذا ضوعفت الثلاث ثلاث مرات، كانت تسعةً.

ولو قال: له عليّ دراهم مضاعفةً أضعافًا، فعليه ثمانية عشر؛ لأنّ الدراهم المضاعفة ستةٌ، فإذا أوجبها أضعافًا اقتضىٰ ذلك ثلاث مرات، فيكون ثمانية عشر.

قال: ولو قال: له علي عشرة دراهم وأضعافها مضاعفةً، فعليه ثمانون درهمًا؛ لأنّ أضعاف العشرة ثلاثون، فإذا ضُمّت إلىٰ العشرة كانت أربعين، وقد

---

(١) في ب (بضاعة).

(٢) في أ (مثلثة ثلاثة)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (أقل أقله مرة واحدة)، وفي أ (أوله).



أوجبها مضاعفةً، فتكون ثمانين.

قال ابن رستم عن محمدٍ: في رجل قال: لفلانٍ عليّ غير ألف، فعليه ألفان، فإن قال: عليّ[1] غير ألفين، فعليه أربعة آلاف، فإن قال: عليّ غير درهمٍ، فله عليه درهمان، فإن قال: غير درهمين، فعليه أربعة [دراهم]؛ لأنّ الغير ما قابل الشيء حتىٰ يغايره، فكأنّه أوجب عددًا من الألوف غير الألف، وأقلّ ذلك ألفان، فأوجب عددًا من الدراهم غير درهمٍ، وأقلّ ذلك درهمان.

قال أبو حنيفة: إذا أقرّ الرجل فقال: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ إلا شيئًا، أو إلا قليلاً، أو قال: له عليّ زهاء الألف أو عِظَم ألفٍ، أو جلّ ألفٍ، أو قريبٌ من ألفٍ، فعليه خمسمائة وشيءٌ، والقول في الزيادة [قوله]، ولا يُصدّق في النصف وما دونه؛ وذلك لأنّ قوله: «إلا شيءٌ» إنّما يستعمل في القليل في العادة، وأقلّ الشيء ما نقص عن نصفه.

فأمّا إذا قال: زهاء [ألفٍ][2] أو عِظَمُه أو جلّه، فهو عبارة عن أكثره، وذلك يحصل بالزيادة علىٰ النصف وإن قَلَّت، وكذلك إن قال: قريبٌ من الألف؛ لأنّه إذا زاد علىٰ النصف فهو إلىٰ الغاية أقرب.

قال: وإذا قال: لفلانٍ عليّ ما بين مائةٍ إلىٰ مائتين، فإنّ عليه في قول أبي حنيفة مائة وتسعين؛ لأنّ من أصله أنّ الابتداء يدخل والغاية لا تدخل، فإذا جعل الغاية جملةً، أسقط منها أبو حنيفة العدد الذي يكمّل به الجملة، ومعلومٌ أنّ المائة تتركب من العشرات، فسقطت العشرة التي تكمل بها المائة.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (هي ألفان) والمثبت من ب.




فأمّا على قولهما: فإنّ الغاية تدخل في الكلام، فيلزمه المائتان.

ولو قال: له عليّ ما بين كُرّ شعيرٍ إلى كُرّ حنطةٍ [لزمه في قياس قول أبي حنيفة كُرّ شعيرٍ وكُرّ حنطةٍ] إلا قفيزًا؛ وذلك لأنّ الكُرّ اسمٌ لجملةٍ من القُفزَان، وقد جعل كُرَّ الحنطة غايةً لما أقرّ به، فيسقط منه العدد الذي يكمله [وهو] القفيز.

فأمّا على قولهما: فيلزمه الكُرّان؛ لأنّ الغاية داخلةٌ عندهما [في الكلام][1].



(١) انظر: الأصل ٨/٢٠٩.

بَابُ
الإقرار بعدَدين يُبهم أحدَهما ويسمي الآخر

قال في الأصل: إذا قال: له عليّ ألفٌ، ولم يبيّن، فالقول [قوله] يقرّ بما شاء؛ لأنّ الألف عددٌ مبهمٌ يصحّ أن يُفَسّر بكلّ معدودٍ، فوجب أن يرجع في بيان ذلك إلىٰ قول المقِرّ.

ولو قال: له عليّ مائة وثوبٌ، فالقول قوله في المائة، يقرّ بما شاء، وكذلك كلّ شيءٍ لا يكال ولا يوزن ولا يعدّ(١)؛ وذلك لأنّ قوله: علي مائةٌ، يقتضي ثبوتها في الذمّة، وقوله: ثوبٌ، والثوب ممّا لا يثبت في الذمّة بنفسه، فيقتضي تغاير الأمرين، فلم يجز أن يُجعَل أحدهما من جنس الآخر بظاهر اللفظ؛ فلذلك رجع إلىٰ البيان، وكذلك لو قال: وثوبان، كان القول في المائة [قوله]؛ لما بيّنا.

ولو قال: مائةٌ وثلاثة أثواب، [كان ذلك كلّه ثياباً؛ لأنّ قوله: مائةٌ وثلاثةٌ، إقرارٌ بعددين مبهمين، وقوله: أثواب، تفسيرٌ] وكلّ واحدٍ منهما يحتاج إلىٰ التفسير، فكان ذلك تفسيرًا لهما.

وقال ابن سَماعة عن أبي يوسف في نوادره: إذا قال: لفلانٍ عليّ ألفٌ وعبدٌ، فعليه عبدٌ وألفٌ (مما شاء)(٢)، وكذلك لو قال: له عليّ عشرةٌ وعبدٌ؛ وذلك لأنّ العبيد لا يقسم بعضها في بعضٍ، فهي كالأجناس المختلفة، ولا يكونُ عطفُ [٤٥١/ب] أحد العددين علىٰ الآخر يقتضي مساواتهما، فوجب الرجوع في

(١) (ولا يعد) سقطت من ب.
(٢) في ب (لما بينا).



العدد المبهم إلىٰ التفسير.

ولو قال: له عليّ ألفٌ وشاةٌ، فعليه ألف شاةٍ وشاةٌ، وكذلك ألفٌ وبعيرٌ، [وكذلك عشرةٌ وثورٌ، وعشرةٌ وفَرَسٌ؛ لأنّ هذا كلّه يقسم بعضه في بعضٍ]، فصار جنسًا واحدًا، وحكم المعطوف[1] حكم المعطوف عليه، فيثبت الجميع من جنسٍ واحدٍ.

وقال في الأصل: إذا قال: له عليّ عشرة آلافٍ ووصيفٌ، جعلت عليه الوصيف، وجعلت عليه عشرة آلافٍ من أيّ نوعٍ شاء، وهذا كما قدّمنا.

ولو قال: [له عليّ] ألف وشاةٌ، جعلتها من الشياه كلّها، أستحسن ذلك، وأصرفه علىٰ[2] معاني كلام الناس.

وجه القياس: أنّ قوله: [له عليّ][3] ألفٌ، عددٌ مبهم، وذكر الشاة ليس بتفسيرٍ له، فبقي العدد الأوّل علىٰ إبهامه.

وجه الاستحسان: أنّ الشاة لمّا كانت ممّا يقسم بعضها في بعضٍ، صارت كالشيء الواحد، وحكم العطف حكم المعطوف عليه، ولأنّهم [يستثقلون][4] التكرار في البيان، ولا يقولون: مائة درهمٍ ودرهمٌ، ومائة شاةٍ وشاةٌ، وإنّما يقولون: مائةٌ ودرهمٌ، والمراد بالجمع جنسٌ واحدٌ، فحمل ذلك علىٰ العادة.

قال: وإذا أقرّ فقال: لفلانٍ عليّ عشرة دراهم ونيفٌ، فالقول في النيف ما

---

(١) في ب (العطف).

(٢) في ب (عن).

(٣) في النسخ (أن)، والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٤) في أ (يستعملون)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.



قال من شيءٍ ، درهمٌ أو أكثر منه ، وله أن يجعله أقلّ من درهم ؛ وذلك لأنّ النيف: ما زاد وأناف ؛ ولهذا سُمّي الأنف أنفًا ، ويقال: جبلٌ منيفٌ ، وإذا كان الاسم عبارةً عن الزيادة ، حمل عليها قلّت أم كثرت.

وإذا قال: عليّ بضعةٌ وخمسون درهمًا ، فإنّ البضعة ثلاثة دراهم فصاعدًا ، وليس له أن ينقص من ثلاثةٍ ؛ لأنّ الله تعالىٰ قال: ﴿فِي بِضْعِ سِنِينَۗ لِلَّهِ ٱلْأَمْرُ مِن قَبْلُ وَمِنۢ بَعْدُ﴾ [الروم: ٤] ، فخاطر أبو بكرٍ قريشاً علىٰ أن الروم تغلب فارس [إلىٰ ثلاث سنين] ، فقال ﷺ: («ما البِضع في لغتكم؟» فقال)[١]: من ثلاثةٍ إلىٰ تسعةٍ ، فقال ﷺ: «**زد في الخطر وأبعد في الأجل**»[٢] ، وهذا يدلّ علىٰ أنّ أقلّ ما يتناوله اسم البضع ثلاثةً ، فلم يُصدّق في النقصان منها.

قال: وإذا قال: لفلانٍ عليَّ عشرة [دراهم] ودانقٌ ، أو قيراطٌ ، فالدانق والقيراط فضةٌ ؛ لأنّ الدانق عبارةٌ عن جزءٍ من درهمٍ ، فكأنّه قال: عشرةٌ وسُدُسٌ ؛ ولأنّ الظاهر أنّ حكم العطف حكم المعطوف عليه ، فإن قال: مائةٌ ودينارٌ ، فالمائة كلّها دنانير ، [وإن قال: مائةٌ وقفيز حنطةٍ ، فالمائة حنطةٌ] ، وإن قال: مائةٌ ودرهمٌ ، فالمائة دراهم علىٰ ما قدّمنا في القياس وفي الاستحسان.

وكان القياس: أن يرجع في المائة إلىٰ بيانه ؛ لأنّها عددٌ مبهمٌ ، والاستحسان: أنهم يذكرون [ذلك] على طريق الاختصار ، ويجعل من جنسٍ واحدٍ في العادة[٣].

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) رواه الترمذي (٣١٩٤) ، وقال: (صحيحٌ حسنٌ غريبٌ من حديث نيار بن مكرم ، لا نعرفه إلا من حديث عبد الرحمن بن أبي الزناد).

(٣) انظر: الأصل ٢٩٣/٨ ؛ مختصر القدوري ص٢١٣ ، ٢١٤.

بَابُ
الرجل يُقر بشيءٍ لا يُسمي عددهُ

قال أبو حنيفة: إذا أقرّ الرجل أنّ لفلانٍ عليه دراهم، ولم يسمّها، فإنّ الذي يلزمه ثلاثة دراهم، وكذلك قال أبو يوسف ومحمدٌ؛ لأنّ الدراهم اسم جمعٍ، وأقلّ ما يتناوله اسم الجمع على الحقيقة: ثلاثة دراهم، فحمل الاسم على ذلك.

فإن قال: دراهم كثيرةٌ، فهي عشرة دراهم[1] عند أبي حنيفة، وقالا[2]: مائتا درهمٍ.

وإن قال: دنانير كثيرةٌ، فعشرون ديناراً، وقد بيّنا هذه المسألة وذكرنا أنّ أبا حنيفة يقول: إنّ جنس ما يسمّى دراهم عشرةٌ، وما زاد على ذلك يقال له أحد عشر درهمًا، فوجب أن يحمل الكثير على الجنس.

وهما يقولان: إنّ الدراهم الكثيرة ما يقع[3] بها الغنى، وذلك لا يكون فيما دون النصاب.

وإذا قال: غصبتك شياهاً كثيرةً، فهي أربعون شاةً، فإن قال: إبلاً كثيرةً، فهي خمسةٌ وعشرون، وإن قال: حنطةً كثيرةً، فهي خمسة أوسق، وقد بيّنا هذا.

فأمّا على قول أبي حنيفة: فيرجع إلى بيان المقِرّ فيما يسمّى كثيرًا في العادة.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).
(٣) في ب (يبلغ).

وقال أبو يوسف: إذا قال: مالٌ كثيرٌ، أو مالٌ عظيمٌ، فعليه مائتا درهم، وأما إن قال: أموالاً عظامًا، فستمائة، وقد بيّنا هذه المسألة[1]. [والله أعلم].

(١) راجع المسألة السابقة. انظر: الأصل ٢٩٣/٨.

بَابُ
الرجل يقرُّ بشيءٍ من الكيلِ أو الوزنِ أو غيرهما من صِنفين

قال أبو حنيفة ﷺ: إذا أقرّ الرجل أنّ لرجلٍ عليه مائتي مثقال ذهبٍ وفضةٍ، فعليه من كلّ واحدٍ النصف، ولو قال: [كُرّان](١) من حنطةٍ وشعيرٍ، فعليه من كلّ واحدٍ كُرٌّ، وإن قال: استودعني عشرة أثواب يهوديّة(٢) ومرويّة، فهي نصفان.

وكذلك هذا في التزويج إذا تزوّجها على كُرّين حنطةٍ وشعيرٍ، أو اشترى بكُرّين حنطة وشعير، كان عليه من كلّ واحدٍ [منهما] النصف.

فإن أقرّ لرجلٍ بكُرّ حنطةٍ وشعيرٍ وسمسمٍ، كان عليه من كلّ واحدٍ الثلث؛ وذلك لأنّه دخل في الإطلاق على وجهٍ واحدٍ، فاقتضى التساوي، كقولنا: هذه الدار لزيدٍ وعمروٍ.

قال الله تعالى في ولد الأم: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، فاقتضى ذلك تساويهم؛ ولأنّه لو أضاف الإقرار إلى اثنين، فقال: لفلانٍ وفلانٍ عليّ ألف [درهمٍ]، كان المقرّ به بينهما [على السواء]، وكذلك إذا ذكر المقَرّ به من جنسين.

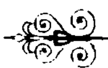
قال: ولو قال: استودعني ثلاثة أثواب زُطِّيٍّ ويهوديٍّ، [كان القول قول المقِرّ، إن شاء قال: زطِّيَّيْن ويهوديّ] مع يمينه؛ وذلك لأنا قد علمنا أنّ التساوي

(١) في أ (كُرّ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) في ب (هروية).

لا يوجد، وأنّ أحد الجنسين أكثر من الآخر، فلزمه ثوب زُطِّي وثوب يهوديٌّ بيقينٍ، وشككنا في الثوب الآخر أنّه زُطّيٌّ أو يهوديٌّ، فكان القول قوله مع يمينه في بيانه[1].

(١) انظر: الأصل، ٨/٢٩٥ وما بعدها.

بَابُ
إقرار الرجل بمالٍ اقتضاه من آخر

قال أبو الحسن: وإذا قال[1] الرجل: إنّي اقتضيت[2] من فلانٍ ألف درهمٍ كانت لي عليه، وقبضتها، وقال المقَرّ له: قد أخذت منّي [هذا] المال ولم يكن لك عليّ شيءٌ، فردّه عليّ! فإنّه يُجبَر علىٰ ردّه بعد أن يحلف ما كان لفلانٍ عليه شيءٌ.

وكذلك لو أقرّ أنّه قبض من فلانٍ ألف درهمٍ كانت له عنده وديعةً، وقال فلانٌ: بل هو مالٌ قبضتَه منّي، فإنّه يردّ المال عليه [٤٥٢/أ] بعد أن يحلف [أنّه] ما استودعه؛ وذلك لأنّ الاقتضاء قبضٌ مضمونٌ، وكذلك القرض[3] يتعلّق به الضمان لقوله ﷺ: «**علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تردّه**»[4]، وقد اعترف المقِرّ بالضمان وادّعىٰ[5] السقوط؛ لأنّه زعم أنّه صار قصاصًا بحقٍّ له، فلا يُصدّق علىٰ ذلك؛ ولأنّ ما ظهر بإقرار المقِرّ [فهو] في حكم ما ظهر بالمشاهدة، ولو شاهدنا قبضه من غيره شيئًا، وزعم اقتضاءه من دينه أو قبضه من وديعةٍ، لم يقبل قوله، ولزمه الردّ، فكذلك هذا.

---

(١) في ب (أقر).
(٢) في ب (أنه اقتضىٰ).
(٣) في ب (القبض).
(٤) رواه من حديث سمرة: أبو داود (٣٥٦١)؛ والترمذي (١٢٦٦) وقال: «هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ»؛ وابن ماجه (٢٤٠٠).
(٥) في ب (واقتضىٰ).

ويُستحلَف المقَرّ له ؛ لأنّ المقِرّ يدعي عليه حقًا ، فالقول قوله [مع][1] يمينه .

قال أبو حنيفة: لو أنّ رجلاً قال: أسكنت فلانًا بيتي هذا ، ثم أخرجته ، فادّعىٰ الساكن في البيت أنّه له ، فالقول قول صاحب البيت ، وعلىٰ الساكن البيّنة .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: القول قول الساكن بعدما يحلف ما أسكنه .

وقال أبو حنيفة: لو أقرّ[2] أنّ هذه الدابّة له أعارها فلانًا ، ثم قبضها منه ، وقال فلانٌ: بل هي دابّتي ، فالقول قول الذي في يده الدابّة ، مثل الأوّل .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: بل يردّ علىٰ الذي قبض منه .

لأبي حنيفة: وهو استحسانٌ أنّ المقِرّ أثبت اليد لنفسه ، ثم أقرّ أنّه أوجبها لغيره ، فلم يقِرّ للغير باليد علىٰ الإطلاق ، وإنّما زعم أنّه الموجب لها ، فكان القول قوله في كيفيتها ؛ ولأنّ للناس ارتفاقًا بالعواري ، فلو لم يقبل قول [المعاري][3] فيما أعاره امتنع الناس من ذلك ، فانقطعت منافعهم منه ، (وهذا لا يصحّ .

وجه قولهما ، وهو القياس: أنّه أقرّ بيد الساكن والراكب ، ثم ادّعىٰ ما يوجب استحقاقها)[4] ، فلا يُعبَأ[5] بدعواه في ذلك ؛ ولأنّ ما ظهر بإقراره كالظاهر بالمشاهدة ، ولو رأينا الدار يسكنها فلانٌ ، فأخذها المقِرّ منه ، وزعم أنّه أعاره

(١) في أ (فيهم عن) ، والمثبت من ب .
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .
(٣) في ب (المقر) .
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .
(٥) في ب (يقبل) .

إياها، لم يقبل قوله، فكذلك إذا أقرّ به.

قال: فإذا أقرّ أنّ فلانًا الخياط خاط [له قميصًا][1] بنصف درهمٍ، وقبض منه القميص، فقال الخياط: بل هو قميصي أَعَرْتَكَهُ، فالقول فيه مثل الأوّل، وكذلك الثوب يُسلَّم إلىٰ الصَّبَّاغ، وهذا علىٰ الخلاف.

فأبو حنيفة يقول: إنّه أقرّ بأنّه الموجب لليد، فالقول قوله كيف أوجبها.

وهما يقولان: أقرّ باليد للخياط، فلا يقبل قوله في استحقاقها.

قال: فإن قال ربّ الثوب: خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهمٍ، ولم يقل: قبضته منه، لم يردّ علىٰ الخياط [الثوب] في قولهم جميعًا[2]، وكذلك الصبّاغ؛ وذلك لأنّ قوله: خاطه لي، ليس باعترافٍ للخياط باليد؛ لجواز أن يخيط له في منزل ربّ الثوب، فلا تثبت يده عليه، فإذا لم يوجد الاعتراف باليد لم يردّ علىٰ الخياط في قولهما.

قال: وإذا كان الثوب معروفًا أنّه للمقِرّ، أو الدابّة[3]، أو الدار، فيقال: أَعَرْتَ فلانًا هذه الدار، وهذه [الدابّة]، وقبضتها منه، فالقول قول المقِرّ في قولهم؛ وذلك لأنّه إذا عُلِم أنّ الشيء علىٰ ملك المقِرّ، فثبوت يد غيره فيه لا يوجب استحقاقه، فبقي علىٰ حكم ملكه.

قال: وإذا أقرّ رجلٌ أنّ فلانًا ساكنٌ في هذا البيت والبيت لي، فادّعىٰ فلانٌ

---

(١) في أ (قميصه) والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) (أو الدابة) سقطت من ب.




البيت، فإنّه يقضىٰ [به] للساكن[١] علىٰ المقِرّ؛ وذلك لأنّ السكنىٰ يدٌ وتصرّفٌ يُستَحَقّ بهما[٢] الملك في الظاهر، فإذا أقرّ بها لغيره ثم ادّعاها لنفسه لم يقبل.

قال: فإذا أقرّ أنّ فلانًا زرع هذه الأرض، أو بنىٰ هذه الدار، أو غرس هذا الكَرْم، أو هذا البستان، وذلك كلّه في يد المقِرّ، فادّعىٰ الباني والزارع والغارس، الأرض والزرع والغرس والبناء، فقال المقِرّ: بل هو كُلّه لي، استعنت بك، ففعلت ذلك، أو فعلته بأجرٍ، فإن القول في هذا قول المقِرّ مع يمينه؛ وذلك لأنّ الغرس والبناء والزرع ليس بإقرارٍ باليد، لجواز أن يبني ما هو في يد غيره ويغرس، وإذا لم يعترف له باليد، لم يقبل قول المقَرّ له في استحقاقه.

قال ابن سَماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال: إذا قال الرجل: هذه الدابّة لفلانٍ، أرسل بها إليّ مع فلانٍ، فإنه يردّها علىٰ الذي أقرّ بها له، ويدفع قيمتها إلىٰ الذي دفعها إليه إذا أنكر أن يكون لفلانٍ المقَرّ له.

وهذا في قياس قول أبي حنيفة: يدفعها إلىٰ المقِرّ، ولا يدفعها إلىٰ الذي زعم أنّه دفع إليه شيئًا، وكذلك إذا قال: هي لفلانٍ، أرسل بها إليّ مع هذا، فإنّه يدفعها إلىٰ فلانٍ، ولا يضمن لهذا الذي زعم أنّه رسولٌ شيئًا.

وفرّق أبو حنيفة بين الدابّة والشيء بعينه، وبين الدراهم وما يكون ديناً.

أمّا أبو يوسف، (فذهب إلىٰ أن)[٣] قوله: هذه الدابّة لفلانٍ، إقرارٌ [له] بالملك، [وقوله][٤]: أرسل بها إليّ مع فلانٍ، إقرارٌ لفلانٍ بيدٍ في عينٍ أقرّ بها

(١) في ب (للثاني).
(٢) في ب (والتصرف يستحق به).
(٣) في ب (فقال).
(٤) في أ (يقول)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.



للغير، فلا يُقبَل إقراره في ملك غيره، فإن كان دفعها إلى الأول بقضاءٍ، فلا ضمان عليه للثاني؛ لأنّه مؤتَمنٌ لم يفعل ما يقتضي الضمان، وإنّما الحاكم أزال يده، فلا شيء عليه.

فإن دفعها إلى الأوّل بغير قضاءٍ، ضمن للثاني قيمتها؛ لأنّه أقرّ بقبضها من الثاني، فقد أتلفها عليه بتسليمها إلى الأوّل، فصار كالوديعة إذا ضيّعها.

فأمّا ما ذكره من قياس قول أبي حنيفة، فإنّه بناه على قوله: هذه الدار لي أسكنتها فلانًا.

ووجه البناء: أنّه لمّا قال: هذه الدابّة لفلانٍ، أرسل بها إليّ مع فلانٍ، فقد أثبت اليد للأوّل، وزعم أنّه أوجبها للثاني، فلم يقرّ بالثاني بيدٍ مطلقة، فلم يتعلّق بها الاستحقاق.

وقد ذكر مسألة العارية في الأصل في موضعين، قال في أحدهما: لا ضمان عليه للثاني؛ لأنّه زعم أنّه رسولٌ، وقد انتهت الرِّسالة بالتسليم، ولم يعترف له بحقّ الردّ، فلم يجب له[1] شيء.

وقال في الموضع الآخر: [إن سلّمها][2] إلى الأوّل بغير قضاءٍ، ضمن للثاني[3].

ووجهه ما قدّمناه، وأصحابنا يقولون: إنّ هذا أقيس.

(١) في ب (عليه).
(٢) في أ (أنه يسلمها) والمثبت من ب.
(٣) انظر: الأصل، ٨/٢٠٠.

فأمّا قوله: إنّ أبا حنيفة فرّق بين هذا وبين الدراهم وما يكون دينًا، فمعناه: أنّه إذا قال: لفلانٍ عليّ مائةٌ قبضتها من فلانٍ، فادّعاها كلّ واحدٍ منهما، لزمه لكلّ واحدٍ مائةٌ؛ لأنّه أقرّ للأوّل بدينٍ في الذمّة، وأقرّ للثاني بالقبض، فلزمه الأمران[1].

وفي مسألتنا: أقرّ بالعين لفلانٍ، ثم زعم أنّه قبضها من غيره، والعين إذا استحقّها الأوّل لم ينفذ إقرار المقِرّ فيها.

٢٨٢١ - مسألةٌ [في موت المُقِرّ بعد القول: هذا الألف لفلان وسمَّاه]

قال ابن سَمَاعة[2]: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ أقرّ أنّ هذا [العبد][3] الذي في يده وديعةٌ عنده لفلانٍ، وسمّاه، ولا يُعرَف إلا بالاسم الذي سمّاه به [٤٥٢/ب] الذي هو في يديه، ثم مات المقِرّ، قال: يوقف هذا العبد حتىٰ يحضر المقَرّ له، وكذلك لو أقرّ أنّ هذه الألف التي في يديه لفلانٍ، وسمّاه، فإنّي لا أجعلها ميراثًا وأوقفها حتىٰ يحضر المقَرّ له.

قال: ولو قال: لرجلٍ - ولم يسمّه - عليّ ألفٌ، أو قال: هذا العبد وديعةٌ عندي، ولم يسمّ صاحبه، فهو ميراثٌ؛ وذلك لأنّه إذا سمّىٰ المقر له فقد تعلّق حقّه بالمال، فلا ينتقل إلىٰ الوارث، وإذا لم يسمّ المقَرّ له، فليس هناك حقٌّ ثابتٌ؛ لاستحالة أن يكون الحقّ لا مستحِقّ له، وإذا بطل الاستحقاق، انتقل إلىٰ الوارث[4]. [والله أعلم].

---

(١) في ب (الإقرار).
(٢) في ب (ابن رستم).
(٣) في أ (العين)، والمثبت من ب.
(٤) انظر: الأصل، ٣٠٦/٨ وما بعدها.

بَابُ
الإقرارِ بكذا، لا بل بكذا

قال أبو حنيفة[١] : إذا أقرّ الرجل أنّ لفلانٍ عليه ألف درهمٍ ، لا بل ألفين ، فعليه ألفا درهمٍ ، وكان ينبغي في القياس أن يكون عليه ثلاثة آلاف ، ولكنّا تركنا القياس ، وهو قول أبي يوسف ومحمدٍ.

وجه القياس: أنّه أقرّ بألفٍ ثم رجع عنها ؛ لأنّ «لا» للرجوع ، ثم استدرك الإقرار بألفين ؛ لأنّ «بل» للاستدراك ، ورجوعه لا يُقبَل ، واستدراكه مقبولٌ [منه] على نفسه ، فيلزمه المالان ، كما لو قال: لفلانٍ علي ألفٌ ، لا بل مائة دينارٍ.

ووجه الاستحسان: أنّ الإقرار خبرٌ ، والخبر قد يقع فيه الغلط ، [وهو غير متهمٍ] ، فإذا قال: ألفٌ لا بل ألفان ، فالظاهر أنّه استدرك الزيادة على نفسه ، وهو غير متّهمٍ ؛ لأنّه ألزم نفسه أكثر ممّا أقر به أولاً ، فكان الظاهر أنّه استدرك الزيادة ، فيُقبَل إقراره[٢] فيها.

وليس كذلك إذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً ، لا بل اثنتين ؛ لأنّ الطلاق وإن كان لفظه لفظ الخبر ، فهو إيقاعٌ في الشرع ، والمُوقَع يستحيل أن يوقَع ثانيًا ، فرجوعه عن الموقَع الأول لا يُقبَل ، وإيقاعه للثاني يلزمه.

فأمّا الإقرار فهو خبرٌ ، والمُخبَر عنه قد يخبَر عنه ثانيًا وثالثًا ، فوِزَان الإقرار من الطلاق أن يقول: كنت قد طلقت امرأتي واحدةً ، لا بل اثنتين ، فيُصدّق في

(١) في ب (ابن سماعة).
(٢) في ب (قوله).




ذلك، ولا يلزمه أكثر من اثنتين.

قال أبو الحسن: وهذا الباب على ثلاثة معانٍ: أحدهما: الاستدراك في القلّة والكثرة، فيلزمه أكثر المالين، مثل أن يقول: [لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ، بل ألفان، وقد بيّنّا ذلك، أو يقول]: لفلانٍ عليّ ألفان، لا بل ألفٌ، فيلزمه الألفان؛ لأنّه متهمٌ في الاستدراك الذي يسقط به بعض الإقرار، فلا يقبل قوله، ويلزمه الزيادة، وتكون الألف من جملة الألفين [لأنّه إنّما استدرك حتى يسقط نصف الألفين]، ولم يقرّ بألفٍ غيرها.

والنوع الثاني: أن يستدرك في الصِّفَة، فيكون عليه أعلى الصفتين، وهذا مثل أن يقول: له عليه ألفٌ سودٌ، لا بل بيضٌ، أو بيضٌ لا بل سودٌ، فيلزمه الأفضل[1] منهما؛ لأنّه إذا بدأ بالأدون ثم بالأفضل[2]، لم يُتّهم في الاستدراك، فصار كقوله ألفٌ لا بل ألفان، وأمّا إذا بدأ بالأجود فيريد [أن يستدرك الصفة ليسقط][3] عن نفسه بعض ما أقرّ به، فلا يُقبل قوله فيه.

والنوع الثالث: أن يستدرك في الجنس، فيقول: له عليه ألف [درهمٍ] لا بل مائة دينارٍ، أو كُرّ حنطةٍ لا بل كُرّ شعير، فيلزمه الأمران؛ لأنّ الإنسان لا يستدرك في العادة في الجنس، وإنّما يستدرك في القدر أو الصفة، فهذا ليس باستدراكٍ، وإنّما رجع عن الأوّل وأقرّ بالثاني، فرجوعه عمّا أقرّ به لا يُقبَل، وإقراره على نفسه بحقٍّ آخر مقبولٌ[4].

---

(١) في ب (الأجود).

(٢) في ب (بالأجود).

(٣) في أ (بالاستدراك أن يسقط)، والمثبت من ب.

(٤) انظر: الأصل، ٣٠٠/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩٨/٣.



بَابُ
الإقرارِ بمالٍ دفعهُ إليه فلانٌ لآخر

قال: وإذا أقرّ الرجل فقال: دفع إليّ فلانٌ هذه الألف، وهي لفلانٍ، وادّعىٰ كلّ واحدٍ منهما الألف، فإنّها للدافع.

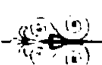
فإن قال: هذه الألف[1] لفلانٍ دفعها إليّ فلانٌ، فهو للمقَرّ [له] الأوّل، ولا يكون للدافع منه شيءٌ.

فإن ادّعاه الدافع وحلف الدافع ما هو لفلانٍ، ضمن المستودَع ألفًا آخر؛ وذلك لأنّه إذا ابتدأ فقال: هذه الألف دفعها إليّ فلانٌ، فقد أقرّ بوجوب الردّ عليه؛ لأنّ التسليم يقتضي وجوب الردّ، فإذا قال: وهي لفلانٍ، فقد أقرّ بها بعد ثبوتها للأوّل، فلا يقبل قوله في حقّ الأوّل.

وإذا قال: هذه الألف لفلانٍ دفعها إليّ فلانٌ، فقد أقرّ بها للأوّل، ثم اعترف للدافع بوجوب الردّ بعد ثبوت الألف لغيره، فلا يقبل قوله في حقّ الأوّل، فإن دفع إلىٰ الأوّل بقضاءٍ، فلا ضمان عليه للثاني عند أبي يوسف، وقال محمدٌ: يضمن.

لأبي يوسف: أنّ قوله: دفعها إليّ فلانٌ، إقرارٌ بالوديعة، ولم يوجد [فعلٌ] فيها علىٰ وجه التعدّي، وإنّما أزال الحاكم يده، (والمُودَع إذا أزيلت يده عن الوديعة بغير فعله، لم يضمن.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

وجه قول محمدٍ: أنّ الحاكم إنّما أزال يده)[1] بحكم اعترافه، فصار هو الموجب لإزالة اليد، فكأنّه دلّ علىٰ الوديعة من أتلفها؛ (ولأنّه ضيّع الحفظ في الوديعة حين أقرّ بها لغير المودِع، فيلزمه ضمانها)[2].

وأمّا إذا سلّم إلىٰ الأوّل بغير قضاءٍ، ضمن للثاني في قولهم؛ لأنّه لمّا سلّمها فقد زالت يده عن الوديعة بفعله، والمودَع إذا سلّم الوديعة إلىٰ غير المودِع ضمن.

قال: وإذا قال: هذه الألف لفلانٍ، أقرضنيها فلانٌ الآخر، وادّعاه كلّ واحدٍ منهما، فإنّه للذي أقرّ له أوّلاً، وللمقرض عليه ألفٌ؛ وذلك لأنّه أقرّ للأوّل بالألف، وأقرّ للثاني بعقدٍ يتعلّق به وجوب الضمان، فيلزمه المال لكلّ واحدٍ منهما.

[قال]: ولو قال: هذا الألف لفلانٍ، أرسل بها إليّ مع فلانٍ وديعةً، وادّعاه كلّ واحدٍ منهما، فإنّه للأوّل، فإن قال الأوّل: ليس لي ولم أرسل به، وادّعاه الرسول، فهو للرسول؛ و[ذلك] لأنّه بدأ بالإقرار لفلانٍ، ثم أقرّ باليد للرسول، فلا يقبل قوله في حقّ المقَرّ له.

قال: فإن كان المقَرّ له غائبًا، فأراد الرسول أن يأخذه، وادّعاه لنفسه، لم يأخذه، وإن قال: إنّه لفلانٍ [وإني كنت][3] رسولاً فيه، فذلك [له] أبعد؛ لأنّ الرسالة قد انقطعت، وهذا قول أبي يوسف؛ وذلك لأنّه لمّا أقرّ للغائب بالألف استحقّها، ثم أقرّ للرسول باليد، فلا يقبل قوله، فإن ادّعاها الرسول لنفسه، لم

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في أ (وأنه كان)، والمثبت من ب.



يقبل قوله بعد استحقاق الغائب لها، فإن زعم أنّه رسولٌ، فقد انقطعت الرسالة بالتسليم، فلا يثبت له حقّ المطالبة.

وقال أبو يوسف: لو قال هذه الألف لفلانٍ دفعها إليّ فلان، كان مثل ذلك.

ولو قال: هذه الألف لفلانٍ، أخذتها من فلانٍ [٤٥٣/أ]، فادّعياه جميعًا، فالألف للمقَرّ له [الأوّل]، ويضمن للذي أقرّ أنّه أخذه منه ألفًا مثلها، ولا يشبه هذا الأوّل.

وقال محمدٌ: أرسل به، ودفعه إليّ، وأخذته، كلّه سواءٌ إذا ادّعياه جميعًا، دفع الألف إلىٰ الأوّل، وضمن للثاني، وهذه ثلاث مسائل:

أوّلها: إذا قال: هذه الألف لفلانٍ بل لفلانٍ، فإن دفع إلىٰ الأوّل بقضاءٍ لا يضمن للثاني؛ لأنّ الأوّل استحقّ الألف، فلما أقرّ بها للثاني لم يقبل إقراره في حقّ الأول، ولم يلزمه الضمان للثاني؛ لأنّه إنّما أقرّ في ملكه، والحاكم ألزمه التسليم، ومجرّد الإقرار في ملك الغير لا يتعلّق به الضمان.

فأمّا إذا دفع إلىٰ الأوّل بغير قضاءٍ، ضمن للثاني؛ لأنّه أقرّ بها للثاني، وقد أتلفها بالتسليم إلىٰ الأوّل، فيضمن بالتسليم لا بالإقرار.

والمسألة الثانية: إذا قال: أودعني فلانٌ لا بل فلانٌ، أو هذه الألف لفلانٍ دفعها إليّ [فلانٌ]، فهو مثل الأوّل عند أبي يوسف، وقال محمدٌ: يضمن للثاني سواء سلّم إلىٰ الأول بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ، وقد بيّناه.

والمسألة الثالثة: إذا قال: غصبت هذا العبد من فلانٍ لا بل من فلانٍ،



وادّعىٰ كلّ واحدٍ منهما العبد، سلّمه إلىٰ الأوّل، وضمن للثاني، سواءٌ سلّم بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ؛ لأنّ الغصب يجب ضمانه علىٰ الغاصب وإن زالت يده عنه بغير فعله.

وإذا ثبت هذا، قلنا: إذا قال: هذه الألف لفلانٍ، أخذته من فلانٍ، ضمن للثاني؛ لأنّ الأخذ فعلٌ مضمونٌ، فيجب عليه الردّ، سواءٌ سلّم إلىٰ الأوّل بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ كالغصب.

قال: وإذا أقرّ الخياط أنّ هذا الثوب الذي في يده لفلانٍ، سَلَّمه إليه فلانٌ، وكلّ واحدٍ منهما يدّعيه، فإنّه للذي أقرّ له أوّل مرّةٍ، وكذلك القصّار والصبّاغ والصائغ، وكلّ عاملٍ من العمال، فلا يضمن للثاني شيئًا في قياس قول أبي حنيفة، ويضمن قيمة الثوب للثاني في قول أبي يوسف ومحمدٍ، وهذا إذا كان سَلَّمه إلىٰ الأوّل بقضاءٍ؛ وذلك لأنّ من أصل أبي حنيفة: أنّ الأجير المشترك مؤتمنٌ لا يتعلّق بقبضه الضمان، فهو كالمودَع، وإذا أقر للأوّل استحقّ الثوب، فلمّا أقرّ للثاني ودفع إلىٰ الأوّل بقضاءٍ، فقد زالت يده عن العين بغير فعله، فكأنّها هلكت.

فأما علىٰ قولهما، فقَبْض الأجير مضمونٌ كقبض الغاصب، وإذا استحقّ الأوّل العين بالإقرار، صار كالهلاك، فيضمن قيمتها للثاني.

قال: وإن أقرّ أنّ هذا الثوب أسلمه إليه فلانٌ ليقطعه قميصًا، وهو لفلانٍ، فادّعاه كلّ واحدٍ منهما، فإنّه للذي سلّمه [إليه]، وليس للثاني شيءٌ؛ لأنّ قوله: أسلمه إليّ، اعترافٌ له بالثوب، وقوله: وهو لفلان، إقرارٌ في ملك المقرّ [له]، فلا يقبل قوله.

قال: وإذا أقرّ أنّ هذا الثوب استعاره من فلانٍ، فبعث به إليه مع فلانٍ، فهو للذي أعاره إيّاه في قول أبي يوسف.

[قال]: فإن قال: إنّ فلانًا أتاه بهذا الثوب عاريةً من قِبَل فلانٍ[1]، فادّعاه كلّ واحدٍ منهما، فهو للرسول؛ لأنّ الذي ابتدأ بذكره قد استحقّ الثوب، فإقراره بعد ذلك لغيره لا يُقبَل.

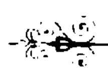
قال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف في نوادره: في رجلٍ قال: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ، أرسل بها إليّ مع فلانٍ، فإنّه يغرم لكلّ واحدٍ منهما [ألفاً]؛ لأنّه أقرّ للأوّل بحقٍّ في الذمّة، وأقرّ للثاني بالتسليم، وما في الذمّة لا يتضايق، فلم يكن مقرّاً للثاني بنفس ما أقرّ به للأوّل، فيلزمه المالان.

ولو قال: جاءني فلانٌ بألفٍ وهو لفلانٍ، فإنّه يضمنه للذي دفعه إليه، ولا يضمن للآخر شيئًا؛ لأنّه أقرّ للثاني بنفس ما أقرّ به للأوّل، وقد استحقّ الأوّل الألف، فلا يقبل إقراره للثاني.

وقال في رجلٍ قال: هذه الألف لفلانٍ دفعه إليّ فلانٌ، فجاء المقَرّ له يريد أخذها، وجاء الدافع يريد أخذها، وينكر أن يكون لفلانٍ الذي أقرّ له هذا، قال: فعلى المقِرّ أن يدفعه إلى الذي أقرّ له.

هذا إذا أنكر المقَرّ له أن [يكون فلانٌ] دفعه إلى هذا المقِرّ، فلو أقرّ بذلك لم يكن له أن يضمنه هذا المقرّ، ويغرم هذا المقِرّ ألفًا للذي زعم أنّه دفعها إليه؛ وذلك لأنّه أقرّ بالألف للأوّل، وزعم أنّه قبضها من الثاني، فإذا أنكر الأول أن

(١) هنا في ب زيادة (فبعث به إليه مع فلانٍ)، والسياق لا يقتضيها.




يكون الثاني سَلَّم إليه، وجب عليه تسليمها إلىٰ الأوّل؛ لأنّه استحقّها بالإقرار، ويضمن الدافع للثاني إن كان سلّم إلىٰ الأول بغير قضاءٍ.

فأمّا إذا كان الأوّل صدّقه أنّ الثاني دفعها إليه، فإنّه يردها علىٰ الثاني، ولا ضمان عليه للأول؛ لأنه قد برئ منها حين سلّمها [إلىٰ من دفعها إليه، فلم يجز للأوّل تضمينه مع تصديقه أنّ الثاني سلّمها].

قال: ولو بدأ المقِرّ الذي في يده الدراهم، فقال: هذه الألف دفعها إليّ فلانٌ، وهي لفلانٍ، فإنّه يدفعها إلىٰ الذي دفعها إليه، (ولا يضمن للمقَرّ له شيئًا من قِبَلِ أنه بدأ فأقرّ به للذي دفعه إليه)[1]؛ وذلك لأنّه لما أقر بالدفع استحقّ [الألف الدافع، فلمّا أقرّ للثاني بها، فإن كان صادقاً، فقد برئ] حين سلّمها إلىٰ الدافع، وإن كان كاذبًا فأحرىٰ أن لا يجب عليه الضمان.

قال: ولو قال: أعرت فلانًا دابتي هذه فركبها ثم ردّها عليّ، أو قال: أعرته عبدي هذا يومًا ثم ردّه عليّ، أو آجرته داري هذه شهرًا ثم ردّها عليّ، فإنّ أبا حنيفة قال: هو مُصدّقٌ، وقال أبو يوسف [ومحمدٌ] في هذا كلّه: آخذه بقوله، [بأن يردّ][2] هذا الشيء علىٰ الذي أقرّ أنّه كان في يده، وقد بيَّنّا الخلاف في هذه المسألة.

قال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف: إذا قال الرجل: كان لي علىٰ فلانٍ ألفٌ فقضانيها، أو قال: أقرضت فلانًا ألفًا، فدفعها إليّ، فإنّي لا أصدّقه، وأقول له: ردّ الألف، وهات البيّنة علىٰ أنّه كان لك عليه هذا [الألف]، إذا أنكر فلانٌ أن

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في أ (فإن ردّ) والمثبت من ب.




يكون استقرض من فلانٍ هذا المقِرّ شيئًا، [وجاء يدعي][1] الألف على المقِرّ، وكذلك قال أبو حنيفة.

وقال ابن أبي ليلى: أقبل[2] قوله، ولا ضمان عليه.

وجه قولهما: أنّه أقرّ بالاقتضاء، وهو قبضٌ مضمونٌ، ثم ادّعى سقوط الضمان بادعائه القرض، فلا يقبل قوله.

وجه قول ابن أبي ليلى: أنّه أثبت الحقّ لنفسه، ثم أقرّ أنّه قبض ما هو حقّه، فلا يلزمه ردّه[3].



(١) في أ (وجاء به عن)، والمثبت من ب.
(٢) في ب (القول).
(٣) انظر: الأصل، ٨/٣٠٤ وما بعدها.



بَابُ
اختلاف المولى والعبدِ فيما أخذه المولى من العبد أو جناه عليه، وقد عتق العبد فيقول المولى: فعلته وأنت عبدي، ويقول العبد: فعلته وأنا حرٌّ

قال أبو الحسن: الأصل في هذا الباب: أن يُنظَر فيما أقرّ به المولىٰ أنّه فعله بالعبد، أو أخذه منه: فإن كان لا يجوز أن يكون في حال الرقّ إلا للمولىٰ، وهو مع ذلك مباحٌ له، فالقول قول المولىٰ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف [٤٥٣/ب].

وما كان من ذلك يجوز أن يكون لغير المولىٰ في حال الرقّ، أو هو محظورٌ على المولىٰ في حال الرقّ، فالقول قول العبد فيه، وهذا كلّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر ومحمدٌ: القول قول المولىٰ في ذلك كلّه، إلا أن يكون شيئًا قائمًا بعينه في يد المولىٰ، فلا يُصدّق المولىٰ، ويؤمر بردّه على العبد.

وما جُعِل فيه القول قول المولىٰ أنّه فعله في حال الرقّ، فلا[١] ضمان على المولىٰ، وما كان القول فيه قول العبد أن المولىٰ فعله في حال العتق، ضمنه المولىٰ كما يضمن مال الحرّ والجناية عليه.

والذي يحصل في هذا: أنّ المولىٰ إذا قال: أخذتُ من [عبدي][٢] في حال

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (عندي)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

الرقّ كذا، وذلك الشيء قائمٌ في يده، وقال العبد: أخذته مني بعد العتق، فالقول قول العبد؛ وذلك لأنّ المولىٰ يدّعي تملك العين وانتقالها من العبد إليه، فلا يقبل قوله في ذلك.

وأمّا إذا قال: أتلفتُ عليك مالاً وأنت عبدي، وقال العبد: [بل] أتلفتَه بعد الحريّة، فالقول في ذلك قول المولىٰ في قولهم؛ لأنّ أكساب العبد للمولىٰ لا حقّ لغيره فيها، فإذا زعم أنّه أخذها في حال الرقّ [لم يلزمه ضمانها، كما [إذا] قال: استخدمتك في حال الرقّ].

وأمّا إذا قال: وطئت أمتي في حال الرقّ، [وقالت: وطئتني بعد العتق، فالقول قول المولىٰ؛ لأنّ الوطء لا يملكه منها في حال الرقّ إلا المولىٰ، فصار معترفاً باستيفاء حقٍّ مأذونٍ في استيفائه، فلا يلزم به ضمانٌ، ولأنّ وطءَ الأمة في حال الرقّ] لا يجب به ضمانٌ، ووطئها بعد العتق قد يجب به ضمانٌ، وقد لا يجب[1]؛ لأنّه إن وطئها علىٰ وجه الزنا فلا غرم عليه، وإن وطئها بشبهةٍ ضمن، فيغلّب سقوط الضمان، فلا يضمن، وهذا قولهم.

وأمّا إذا قال: قطعتُ يدكَ قبل العتق، وقال العبد: قطعتَها بعد العتق، فالقول قول العبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنّ المولىٰ أقرّ بفعلٍ هو جنايةٌ، ألا ترىٰ أنّه لا يحلّ له قطع يد عبده، ثم ادّعىٰ سقوط الضمان (بإضافة الجناية إلىٰ حال الرقّ، فلا يقبل قوله؛ ولأنّه لا يملك قطع يد عبده، فقد أقرّ بفعلٍ لا يملكه، وادعىٰ سقوط الضمان)[2] فيه لكونه مالكًا لحقوق العبد، فهو كما لو اعترف

(١) (وقد لا يجب) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

بجنايةٍ[1] وادّعىٰ العفو.

وقال زفر ومحمدٌ: القول قول المولىٰ؛ لأنّه أضاف الإقرار إلىٰ حالٍ متقدّمةٍ لا يجب فيها عليه الضمان، فصار كما لو قال: وطئتكِ قبل العتق، أو استهلكت كسبك.

قال: وإذا أقرّ المولىٰ بعد العتق أنّه كان يأخذ من العبد ضريبةً في كلّ شهرٍ عشرة دراهم، وهي ضريبة مثله، أو كانت أمةً فأقرّ أنّه كان يطؤها في حال الرقّ قبل العتق، فالقول قول المولىٰ، ولا ضمان عليه فيما أخذ من الغلّة، ولا عُقْر عليه في الوطء؛ وذلك لأنّ الضريبة لا يملك أخذها من العبد إلا المولىٰ، فقد اعترف بفعلٍ ليس بجنايةٍ، وأضافها إلىٰ حالةٍ معلومةٍ، فالقول قوله فيها.

قال: وإذا أسلم الحربيّ، أو صار ذمّيًا، أو دخل إلينا بأمانٍ، فقال له رجلٌ مسلمٌ: قطعت يدكَ وأنتَ حربيٌّ في دار الحرب، أو أخذتُ منك ألفًا فاستهلكتُها، أو أخذتُ منك هذه الألف وأنتَ حربيٌّ، أو سبيتُ ابنكَ هذا[2]، أو أخذتُه منكَ في دار الحرب، وقال المسلم[3] أو الذميّ: بل فعلتَ ذلك بعدما أسلمتُ، أو صرتُ ذمّيًا[4] في دار الإسلام، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك كلّه: القول قول الحربيّ، [ويضمن المستهلَك، ويردّ ما كان في يده.

وقال محمدٌ وزفر]: ولا يضمن شيئًا.

(١) في ب (بجنايته).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (المستأمن).

(٤) في ب (في ذمة).

وجه قولهما: أنّ المقِرّ اعترف بالأخذ، وادّعى التمليك في حالةٍ لا يملك التمليك فيها، فلا يقبل قوله إلا ببيّنةٍ.

وجه قول زفر ومحمد: أنّه أضاف الإقرار إلى حالةٍ متيقّنةٍ لا يلزمه فيها الضمان، فصار كمن قال: أقررتُ [لك] وأنا صبيٌّ، أنّه لا يلزمه شيءٌ من الضمان.



بَابُ
الإقرارِ بالدين في الصحة

وإذا أقرّ الرّجل بدينٍ في صحته لرجلٍ أو[1] لرجالٍ، إقرارًا متفرّقًا في مواطن، أو موطنٍ واحدٍ، فذلك كلّه [له] لازمٌ، وارثًا كان المقَرّ له أو غير وارثٍ، فمن قضاه[2] منهم دينه الذي أقرّ به فهو جائزٌ، لا يشركه فيه باقي الغرماء، إلا أن يكون إقراراً لرجلين بدينٍ هما فيه شريكان، فيشرك كلُّ واحدٍ من الشريكين صاحبه فيما قبض من دينهما.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة، ١٤]، يعني شاهدًا؛ ولأنّ المقِرّ غير متهمٍ على نفسه فيما يقرّ به، فيلزمه ذلك كما تلزمه الشهادة.

ولا فرق بين أن يقرّ لوارثٍ أو لأجنبيٍّ؛ لأنّ الصحيح غير محجورٍ عليه، ألا ترى أنّه لو وهب لوارثه جاز، فإذا أقرّ له جاز.

وإنّما قال: إذا قضى أحدهم لم يشركه الباقون؛ لأنّ حقّ كلّ واحدٍ منهم في الذمّة غير متعلّقٍ بالمال، فإذا قضاه ما لم يتعلق به حقّ غيره، لم يشركه فيه.

قال: وما يثبت من دينٍ في الصحة، فهو في جميع المال قبل الوصايا والميراث، يتضاربون[3] بالدين في التركة، فيكون لكلّ واحدٍ منهم.........

(١) (لرجلٍ أو) سقطت من ب.

(٢) في ب (قضى).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

بقسط[1] دينه من التركة، لا يُقدَّم بعضه على بعضٍ، ولا يكون بعضهم أولى به من بعضٍ.

وإنّما قُدّم الدين على الوصايا والميراث؛ [لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، فأثبت الميراث حقّ الدين، وحقّ الموصى له كحقّ الوارث؛ لأنّه شريكه] فيقدّم الدين عليه؛ ولأنّ الوصية تبرعٌ بعد الدين[2]، والدين مستَحَقٌّ، فيقدم الواجب على التبرع.

وإنّما تضاربوا في التركة بديونهم؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم يستحقّ بسببٍ مثل السبب الذي يستحقّ به الآخر، فصاروا كالورثة.

وإنّما لم يقدّم بعضهم على بعضٍ وإن تقدّموا في المداينة؛ لأنّ ديون الصحيح ثابتةٌ في ذمّته، وإنّما ينتقل إلى التركة بالمرض، وإذا تساوت الديون في الانتقال، صار المتقدّم منها والمتأخر سواءً.

قال: فإن تَوِي[3] من التركة شيءٌ قبل أن يقسم الدين، اقتسموا ما [بقي][4] من التركة على قدر ديونهم، ولا يبطل من دينهم بهلاك ما هلك من التركة شيءٌ؛ وذلك لأنّ الدين متعلّقٌ بالتركة، وبكل جزءٍ منها لاستحالة أن يثبت الميراث قبل قضاء الدين، فالهالك يكون من حقّ الورثة، ويبقى الدين بحاله.

قال: وما كان من ديَةٍ وجبت للميت في نفسه، أو أَرْشٍ وجب له عن شيءٍ

---

(١) في ب (يسقط).

(٢) (بعد الدين) سقطت من ب.

(٣) تَوِي: هلك. انظر القاموس المحيط (توي).

(٤) في أ (يقر به)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.



من جوارحه بجناية خطأ أو عمد، فحقّ الغرماء فيه [قائمٌ] يقتسمونه بدينهم؛ وذلك لأنّ [الدية](١) حقٌّ للمقتول، [أو مالٌ](٢) له فهو كسائر أكسابه(٣)؛ ولأنّه لو عفا عنه ولا دين عليه صحّ عفوه، فلو لم يكن على ملكه، لم يسقط بإسقاطه، وما كان على ملك الميت من الأموال، فديونه متعلّقةٌ به.

قال: وإن كان [٤٥٤/أ] القتل عمدًا فيه قصاصٌ أو قصاصٌ فيما دون النفس، فلا حقّ للغرماء في ذلك ولا قصاص؛ لأنّ القصاص حقٌّ ليس بمالٍ، فلا تتعلّق به حقوق الغرماء كالمنافع، وليس لهم أن يعفوا؛ لأنّه [لا] حقّ لهم في القصاص، فلا يصح عفوهم فيما لا يملكونه؛ ولأنّ الديون التي يتعلّق حقّهم بها إن أبرؤوا منها لم يصحّ، فالقصاص الذي لا حقّ لهم فيه أولى أن لا يصحّ إبراؤهم(٤) فيه.

قال: وإن عفا بعض الورثة عن الدم، تحوّل حقّ الباقين من الورثة مالاً، فكان ذلك بين الغرماء على قدر دينهم؛ وذلك لأنّ بعضهم إذا عفا تعذّر القصاص في حقّ الباقين، ودم العمد إذا تعذّر فيه القصاص وجب الأَرْش، وقد بيّنا أنّ الأَرْش حقٌّ للميت، فتتعلّق به ديونهم.

قال: وإن كان الميت امرأةً، فمهرها بمنزلة(٥) تركتها، يُقسم بين غرمائها؛ وذلك لأنّ المهر مالٌ لها، وإن كان عوضًا عمّا ليس بمالٍ كالأجرة في الإجارة(٦).

---

(١) في أ (الدين)، والمثبت من ب.
(٢) في أ (فصار)، والمثبت من ب.
(٣) في ب (أمواله).
(٤) في ب (عفوهم).
(٥) في ب (لمن له).
(٦) انظر: الأصل، ٢٣٥/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٠٩/٣.

بَابُ
الإقرارِ بالدين في المرضِ

قال: وإذا أقرّ المريضُ في مرضه الذي مات فيه بدينٍ لغير وارثٍ[1]، فهو جائزٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولم يفصّل؛ ولأنّ المريض غير متهمٍ فيما يقرّ به للأجنبي، فينفذ إقراره.

وقد قال أصحابنا: القياس يقتضي أن لا يجوز إقراره إلا في الثلث؛ لأنّه يملك ثلث ماله، ولا يملك ما زاد عليه؛ بدلالة أنّه لو وهب ما زاد علىٰ الثلث لم يجز، فما لا يملكه لا ينفذ فيه إقراره، وإنّما تركوا القياس لما روي عن ابن عمر أنّه قال في المريض إذا أقرّ بدينٍ: (جاز ذلك عليه في جميع التركة)[2]، ولا يُعرف له مخالفٌ؛ ولأنّه غير متهمٍ في إقراره كالصحيح.

قال: وإذا أقر في مرضه بدينٍ بعد دينٍ، فذلك جائزٌ، المتقدم فيه والمتأخر سواءٌ [كحال الصحة]، وهو جائزٌ في جميع ماله، يتحاصّون في التركة؛ وذلك لأنّ حال المرض حالٌ واحدةٌ، فالدين المتقدم فيها والمتأخر سواءٌ كحال الصحة.

ولا يقال: إن دين المريض يتعلّق بتركته، فيسبق الدين الأوّل إلىٰ التركة، فيكون أولىٰ من الثاني؛ وذلك لأنّ ديون المريض لا تتعلّق بتركته؛ لجواز[3] أن

(١) (لغير وارث) سقطت من ب.

(٢) ذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٨٠/٢)، وقال: «لم أجده»؛ وذكره الزيلعي في نصب الراية (١١١/٤)، وقال: «غريب».

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



يكون عليه دينٌ في الصحة، فلم يبق إلا أن تتعلّق بذمّته، فيستوي المتقدّم والمتأخّر.

قال: فإن كان على المقِرّ في مرضه دينٌ في صحته، فدين غرماء الصحّة أولى بتركته من غرماء المرض، يبدأ به حتى يستوفوا ديونهم، فإن فضل من التركة شيءٌ بعد قضاء دين الصحة، كان بين غرماء المرض، وإن لم يبق شيءٌ فلا شيء لغرماء المرض على الورثة، ودينهم باقٍ في ذمّة الميت.

وإنّما يقدم دين الصحة على دين المرض - خلاف ما قاله الشافعي أنّهما سواء -[1]؛ لأنّ دين الصحة ثابتٌ في حال الإطلاق، ودين المرض ثابتٌ في حال الحجر؛ بدلالة أنّ المريض قد لحقه حجرٌ ما، ألا ترى أنّه لا يجوز هبته في أكثر من ثلث ماله [بعد أن كان جائز التصرّف لولا الدين].

قال: ودين الإطلاق مقدّمٌ على دين الحجر، كالعبد إذا أقرّ في حال حجره بدينٍ وفي حال الإذن بدينٍ؛ ولأنّ حقّ غرماء الصحة يتعلّق بالمال في المرض؛ بدلالة أنّ المريض ممنوعٌ من التبرّع في ثلث ماله بعد أن كان جائز التصرف لولا الدين، فلولا تعلّق حقّهم بالمال لم يمنع، فإذا تعلّق حقّهم بالمال، كان أسبق من دين المرض، فصار كالدين الذي رهنَ به، فيقدم على ما [لا] رهن به؛ لأنّ حقّ المرتهن أسبق إلى الرهن.

فأمّا إذا استوفى غرماء الصحة، فقد سقط، فكأنّه لم يكن للمريض إلا الباقي من التركة، فيستحقه غرماء [المرض][2]، فإن لم يبق شيءٌ، فلا حقّ

---

(١) قال الشافعي: «والإقرار في الصحة والمرض سواء، يتحاصون معًا...». مختصر المزني ص١١٢.

(٢) في أ (الصحة)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

للغرماء على الورثة؛ لأنّ الورثة إنّما يلزمهم القضاء[1] من تركة الميت، ولا تركة للميت.

وقوله: إنّ دينهم باقٍ في ذمّة الميت، يعني: في أحكام الآخرة، فأمّا في حكم الدنيا إذا لم يكن تركة، فقد سقط الدين.

قال: فإن تطوع الورثة بقضائه من أموالهم التي هي لهم، فهو جائزٌ، ويبرأ الميت من الدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ وذلك لأنّ الدين باقٍ في حكم الآخرة، فإذا قضى الورثة فكأنّهم تبرعوا بالقضاء في حال الحياة، فيسقط الدين؛ ولأنّ أبا قتادة لمّا قضى عن الميت دينارين، قال ﷺ: «**الآن بردت عليه مضجعه**»[2]، فدلّ على أن من تبرّع بقضاء دين الميت، سقط عنه الدين.

قال: فإن أقرّ المريض في مرضه الذي مات فيه بعبدٍ في يده، أو بألفٍ في يده، أنّ ذلك لرجلٍ وعليه دينٌ في الصحّة، لم يجز ذلك على غرماء الصحة، وكانوا أحقّ به من المقَرّ له، يُبَاع في دينهم، فيشتركون في ثمنه، ولا يجوز على غرماء الصحة إقرار المريض بدين ولا غيره، أمانة أقرّ بها في المرض أو مضمونة، حتى يستوفي الغرماء دينهم؛ وذلك لما قدّمنا أنّ دين الصحة يتعلّق [بالتركة][3]، فإذا أقرّ المريض بعينٍ قد تعلّق بها حقّ الغير، لم يقبل إقراره، كما لو أقر بالعبد المرهون، فإذا قضيت ديون الصحة، فلم يبق إلا حق الورثة، وإقرار المريض مقدمٌ على حقّ ورثته.

(١) في ب (القصاص).

(٢) رواه الحاكم في المستدرك (٢/٦٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/٧٤)، وقال الذهبي: (صحيح الإسناد ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي.

(٣) في أ (بالشركة) والمثبت من ب.

قال: وكلّ دينٍ وجب على المريض بدلاً عن مالٍ مَلَكه أو استهلكه، وعُلِم وجوبه بغير إقراره، فهو بمنزلة دين الصحة يشتركون جميعًا في تركة الميت، فيكون بينهم على قدر ديونهم؛ وذلك لأنّ هذا الدين لما علم سببه لم تلحقه فيه التهمة، فصار كدين الصحة الذي(١) لا تهمة فيه؛ ولأنّ المريض يحتاج إلى الابتياع، فلو لم يُجعَل أثمان ما يبتاع كدين الصحة، امتنع الناس من معاملته وأضرّ به ذلك، وهذا لا يجوز.

قال: ولا يجوز للمريض(٢) في مرضه أن يقضي غريمًا دون غريمٍ، كان الدين عليه في الصحة أو في المرض، لا يقضي غرماء الصحة بعضهم دون بعضٍ في مرضه، ولا غرماء المرض بعضهم دون بعضٍ، إلا أن يكون استقرض في مرضه ألفًا وقبضها، أو اشترى عبدًا بألفٍ وقيمته ألفٌ، فقضى القرض ونقد ثمن العبد في مرضه، فإن ذلك يجوز على غرماء الصحّة وغرماء المرض إذا عُلِم ذلك ببيّنةٍ(٣).

وإنّما لم يجز أن يقدّم بعض غرمائه بالقضاء؛ لأنّ ديونهم متعلّقةٌ بالتركة على وجهٍ واحدٍ، فإذا قضى بعضهم، فقد دفع إليه ما تعلّق به حقّ غيره، فلا يجوز، كما لو قضى(٤) الوصي من تركة الميت بعض غرمائه.

وكذلك إن كانت الديون في المرض، لا يجوز أن يقضي أحدهم دون الباقين [٤٥٤/ب]؛ لأنّ ديون المرض لا تخلو: إمّا أن يكون معها دينٌ في الصحّة،

---

(١) في ب (فلا).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (منه).

(٤) في ب (دفع).



أو لا يكون ، فإن كان هناك دينٌ في الصحّة ، لم يجز قضاء دين المرض ، وإن لم يكن دينٌ في الصحّة ، فحقّ الغرماء في المرض تعلّق بالمال ، فإذا قضىٰ بعضهم ما تعلّق به حق الباقين ، لم يجز ، كما لو قضاهم من عين الرهن.

فأمّا إذا استقرض شيئًا بمعاينة الشهود ، أو ابتاع شيئًا من غير محاباةٍ بمعاينة الشهود ، فقضىٰ ذلك جاز ؛ لأنّ المريض إنّما يمنع من قضاء بعض الغرماء لما فيه من إسقاط حقّ الباقين ، فإذا حصل للباقين مثل ما قضىٰ فلم يسقط حقّهم عن شيءٍ ، (فجاز القضاء ؛ ولأنّ حقوق الغرماء في معنىٰ التركة لا في عينها ، ولهذا يجوز تصرف المريض فيها ، فإذا اشترىٰ عبدا يساوي ألفا ، وأعطىٰ من التركة ألفا فمعنىٰ التركة حاصلٌ لهم ، لم يسقط شيءٌ منه)[1] ، فجاز تصرّفه فيه.

قال: وإن تزوج امرأةً في مرضه بألفٍ ، ومهر مثلها ألفٌ ، فذلك جائزٌ علىٰ غرماء الصحّة ، تشركهم في التركة ، فتكون كأحدهم ؛ وذلك لأنّ التزويج يحتاج إليه المريض لمنفعة يختص بها لطعامه [وشرابه] وكسوته ، فإذا عقد ، لم يُتّهم في سبب المال ، فصار كدين الصحّة الذي لا تهمة فيه ؛ ولأنّ دخول البُضْع في ملك الزوج مقوّمٌ ، فصار كالأعيان.

قال: فإن نقدها المهر لم يسلم لها ، وكان لغرماء الصحة أن يتبعوها في ذلك ، فيأخذوا حصصهم ؛ وذلك لأنّ المهر ليس ببدلٍ تعلّق به حقّ الغرماء ، فلا يجوز له أن يفردها بالقضاء ، كما لا يجوز له أن يفرد من [أقرّ له][2].

قال: ولو أقرّ في مرضه ـ ولا دين عليه في الصحّة ـ لرجلٍ بدين ألف درهمٍ[3] ،

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في أ (إقراره) ، والمثبت من ب.
(٣) في ب (دينار).



ثم أقرّ بعد ذلك لآخر بألفٍ في يديه أنّها وديعةٌ، فهما دينان جميعًا، ولا يجوز إقراره بالوديعة بعد الدين في أن يستحقّها المقَرّ له، ولكنّها دينٌ في تركته؛ وذلك لأنّه لمّا بدأ بالإقرار بالدين، تعلّق حقّ الغريم بالألف الذي في يديه، فإذا أقرّ أنّها وديعةٌ فيريد أن يسقط حقّ الغريم عنها، فلا يُصدّق، إلا أنّه قد أقرّ بوديعةٍ تعذّر تسليمها بفعله، فصارت[1] كالمستهلَكة، فيكون دينًا عليه، ويتساوى الغريمان في العين.

قال: وإن أقرّ بوديعةٍ ثم بدينٍ، فصاحب الوديعة أولى بها؛ لأنّه لمّا بدأ بالوديعة ملكها المقَرّ له بعينها، فإذا أقرّ بدينٍ لم يجز أن يتعلّق بمال الغير.

قال: وكذلك إقرار المريض بألفٍ في يديه أنّها بضاعةٌ أو مضاربةٌ، كما بيّنا في حكم الوديعة والبضاعة والمضاربة، أمانةٌ، فهي كالوديعة.

قال: وإذا أقرّ المريض لرجلٍ بوديعةٍ ألف درهم، ثم مات ولم يعرّف بعينها، فهي في تركته [مضمونةٌ] كدين المريض؛ وذلك لأنّه ضيّع الحفظ فيها حين لم يبيّن عنها، والمودَع إذا ضيع الحفظ ضمن؛ ولأنّ الظاهر أنّها باقيةٌ في يده إلى أن مات، وقد جعلنا ما في يده لورثته، فلا يجوز أن يقضى لهم بملك الوديعة إلا ويقضى عليهم بعوضها[2].



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٨/٢٣٠؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٠٩.



بَابُ
إقرارِ المريضِ باستيفاء دينٍ في مرضهِ

قال: وإذا مرض الرجل وله على رجلٍ دينٌ وجب له عليه في صحّته، أو [كان] كاتب عبدًا في صحّته على ألف درهمٍ، ثم مرض فأقرّ باستيفائه، أو باستيفاء الكتابة، فهو مُصدّقٌ على ذلك، والغريم والمكاتب يبرآن، كان عليه دينٌ في المرض أو في الصحّة أو لم يكن؛ وذلك لأنّ جواز الإقرار بقبض ديون الصحة حقٌّ ثبت لمن عليه الدين بعقد المداينة، فلا يسقط ذلك الحق بمرض المريض، كما لا تسقط سائر الحقوق التي لزمته.

قال: فإن مرض وعليه دينٌ في الصحّة، فقطع رجلٌ يد المريض عمدًا، فصالح من ذلك على ألف درهمٍ، ثم أقرّ باستيفائها وليس له مالٌ غيرها، فهو مُصدّقٌ على قبضها، وإن كانت إنّما وجبت له في المرض.

وكذلك لو أنّ رجلاً أقرّ أنّه جرح [المريض] خطأً، فأقر المريض أنه استوفى [حصّة] أرشه، والجراحة كانت في المرض، فإنّه مُصدّقٌ على ذلك.

(أمّا ما وجب بجناية العمد، فهو بدلٌ عمّا لم تتعلّق به حقوق الغرماء، فيقبل إقرار المريض باستيفائه، كما يقبل في حال الصحّة)[1].

وأمّا ما وجب بجناية الخطأ؛ فالسبب الموجب له لا تتعلّق حقوق الغرماء به، فهو كجناية العمد؛ ولأنّ المريض لم يثبت له هذا الحقّ إلا وهو دينٌ في

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

الذمّة، فتعلّق [به] حقّ الاستيفاء وهو دينٌ، فيقبل قول المريض في استيفائه، كدين الصحّة.

قال: وإن أقرّ رجلٌ للمريض أنّه قتل عبدًا له في مرضه خطأً، أو قطع يده، فلزمه نصف القيمة، فأقرّ المريض أنّه استوفىٰ ذلك وعليه دينٌ في الصحة، فهو مُصدّقٌ؛ وذلك لأنّ الجناية علىٰ العبد وإن وجب لها بدلٌ عمّا تعلّق به حقّ الغرماء، فإنّ السبب ليس هو ممّا يتعلّق حقوق الغرماء به، فصار كالجناية علىٰ الحرّ.

وليس هذا كاستهلاك العبد؛ لأنّ الاستهلاك سببٌ للتمليك عندنا، فيصير كالبيع، وأمّا الجناية فليست من أسباب التمليك، فيصير كالجناية علىٰ الحرّ.

قال: ولو كان الجاني قتل العبد متعمدًا، فصالحه المريض علىٰ أقلّ من قيمته، فصلحه جائزٌ، فإن أقرّ المريض باستيفاء ذلك فهو مُصدّقٌ.

أمّا الصلح علىٰ أقلّ من القيمة؛ فلأنّ دم العمد ليس بمالٍ، فإذا صالح[1] منه علىٰ أقلّ من القيمة، فلم يسقط حقّ الغرماء عن شيءٍ تعلّق حقّهم به، فيجوز، ويقبل قوله في استيفائه؛ لأنّ حقّ الغرماء لم يتعلّق بالأَرْش إلا وهو دينٌ.

قال: ولو تزوّج امرأةً فأقرّت في مرضها أنّها استوفت مهرها، ثم طلّقها قبل أن يدخل بها، ثم ماتت وعليها دينٌ في صحتها، ولم تَدَع غير الألف المهر الذي أقرّت باستيفائه، [وألف درهمٍ في يدها]، ولم يعلم ذلك إلا بقولها، فإنّ الألف بين غرمائها، ولا شيء للزوج منها، ولا شيء علىٰ الزوج من المهر.

(١) في ب (صولح).

قال: فإن قال: أريد أن أضرب مع الغرماء بنصف المهر، لم يجز، إنّما تُصدّق على الاستيفاء، ولا تُصدّق على ما في يدها.

وإنّما جاز إقرارها؛ لأنّه لمّا طلقها قبل الدخول صارت أجنبيةً، فإقرارها له كإقرارها باستيفاء دينٍ من أجنبيٍّ، وذلك الدين ليس ببدلٍ عن مال [٤٥٥/أ]، فيقبل إقرارها باستيفائه كأَرْش الجناية، ولا يُصدّق على إثبات المحاصّة للزوج مع الغرماء بنصف المهر؛ لأنّه إقرارٌ له بدينٍ لا يُعلَم إلا بقولها، فدين الصحّة مقدّمٌ عليه.

قال: ولو كان دخل بها وقد تزوّجها في مرضها، فأقرّت باستيفاء المهر، ثم طلّقها، فانقضت عدّتها قبل أن تموت [جاز]؛ وذلك لأنّ العدة لمّا انقضت، صار أجنبيًا، فيقبل إقرارها له.

قال: ولو لم تَنقَضِ عدتها حتى ماتت، وقد طلقها طلاقًا بائنًا، فأقرّت له باستيفاء المهر، فأصحاب دين الصحة أولى بمالها حتى يستوفوا حقوقهم، فإذا استوفوا نُظِر إلى ما بقي من مالها، فجعل للزوج منه الأقلّ ممّا أقرّت له [باستيفائه، وممّا يصيبه من الميراث؛ وذلك أنّها أقرّت له] بالاستيفاء مع بقاء حقوق النكاح، وهما متهمّان أن يكونا توصّلا بالطلاق إلى تصحيح الإقرار، فوجب أن يثبت مع ذلك ما لا تهمة فيه، ومعلومٌ أنّه لو لم يطلّقها لم يُقبَل إقرارها وورث، فإذا طلّقها استحقّ الأقلّ من الأمرين؛ لأنّه لا تهمة فيه(١).

فإن كان الدين في الصحّة يأتي على جميع ما في يدها وعلى مهرها الذي أقرّت باستيفائه، رُجع على الزوج بجميع المهر، ولا تُصدّق على الاستيفاء؛

(١) انظر: الجامع الكبير ص١٣١.



وذلك لأنّه لا ميراث له في هذه الحال لو لم يكن طلقها، ونحن إنّما نجعل له أقلّ من الميراث وما أقرّت به؛ لأنّه لا تهمة فيه، فإذا لم يكن له [إرثٌ][1]، لم يقبل [إقرارها] له مع التهمة[2].

قال محمدٌ في الجامع الكبير: في مريضٍ عليه دينٌ في الصحّة يحيط بماله، فأقرّ أنّ هذا العبد لغيره، لم يُصدّق، ولو باعه بمثل قيمته وسلّمه، ثم أقرّ باستيفاء الثمن، لم يُصدّق.

أمّا إقراره بالعبد لا يجوز؛ لأن حقّ غرماء الصحّة متعلّقٌ به.

وأمّا إقراره باستيفاء ثمنه فلا يجوز؛ لأنّ حقّ غرماء الصحّة تعلّق بالمبدل، وفي إقراره بالاستيفاء إسقاط حقّهم.

قال بشرٌ عن أبي يوسف: في مريضٍ أقرّ باستيفاء دينٍ كان له في الصحّة أو في المرض، فإنّ إقراره بالاقتضاء جائزٌ، والغريم بريءٌ وإن لم يعاين ذلك الشهود.

وهذه رواية شاذّةٌ، ووجهها: أنّ دين المريض لا يلحقه تهمةٌ [بالإقرار] باستيفائه، فصار كدين الصحّة؛ ولأنّه إسقاط حقٍّ، وليس بإقرارٍ بدينٍ، فيستوي فيه حال الصحّة والمرض كالطلاق والعفو عن دم العمد.

قال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف في نوادره[3]: إذا باع المريض عبدًا بألف

(١) في أ (وارث)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) المرجع السابق ص١٣٢.

(٣) في ب (النوادر).

[درهمٍ]، ثم أقرّ باستيفائها، فإنّه يُصدّق، ولا سبيل للورثة عليه، فإن أقرّ بدينٍ في مرضه بعد إقراره بالاستيفاء، فلا شيء للمقَرّ له بالدين؛ وذلك لأنّه لمّا أقرّ بالاستيفاء ولا دين عليه، صار كإقراره[1] للمشتري بالدين، فينفذ إقراره؛ ولأنّه أقرّ بالاستيفاء، ولا حقّ يتعلّق بماله فصار كالصحيح، فإذا لزمه دينٌ بعد ذلك لم يؤثّر فيما صحّ الإقرار به، كما لو أقرّ بألفٍ أنّها وديعةٌ، ثمّ أقرّ بدينٍ.

قال: فإن بدأ بالإقرار بالدين في المرض، ثم أقرّ بالاستيفاء من المشتري في المرض[2]، فإنّهما يتحاصّان؛ وذلك لأنّ الإقرار بالاستيفاء يجري مجرىٰ الإقرار بالدين، فكأنّه أقرّ في المرض بدينٍ ثم [بدينٍ][3].

قال: وإن كان عليه دينٌ في الصحّة، لم يُصدّق، وتؤخذ الألف من المشتري، فتكون في الدين؛ وذلك لأنّ دين الصحة متعلّقٌ بالعبْدِ، فإذا أقرّ باستيفاء ثمنه، أسقط حقّ الغرماء عنه، فلا يُقبَل قوله[4].

وقال ابن سماعة في نوادره عن محمدٍ: فيمن أقرّ في مرضه أنّه باع عبده هذا من فلانٍ بألفٍ، وذلك قيمته، ولا مال له غيره، وقبض الثمن منه، فأنكر فلانٌ ذلك، وأراد قبض الألف الذي أقرّ به الميت، فله ذلك، ويباع العبد له في الألف حتىٰ يدفع إليه؛ وذلك لأنّ المشتري لمّا أنكر الشراء لم يُصدّق المريض عليه، فبقي إقراره باستيفاء المال منه، فيلزمه ردّه.

---

(١) في ب (الإقرار).

(٢) (في المرض) سقطت من ب.

(٣) في أ (تبين) والمثبت من ب.

(٤) انظر: الجامع الكبير ص١٣٣، ١٣٤.

قال: وإن صدّقه، والعبد عبده، فلا شيء عليه من الثمن؛ لأنّه لا دين عليه في الصحّة. وهذا صحيحٌ؛ لأنّ البيع يثبت بتصادقهما، وإقراره مقبولٌ في استيفاء الثمن إذا لم يكن عليه دينٌ في الصحة.

وإذا ثبت الاستيفاء استحقّ المشتري العبد ولا شيء عليه.

قال: ولو أنّ رجلاً استهلك للمريض ثوبًا في مرضه، فقال المريض: قد قبضتُ منه قيمته، لم يُصدّق علىٰ ذلك، فإن كان استهلك الثوب في صحة ربّ الثوب، ثم أقرّ ربّ[1] الثوب أنّه قبض منه، جاز، بمنزلة إقراره بقبض دين الصحة، وهذا محمولٌ علىٰ أنّ إقرار المريض باستيفاء دين الصحة مقبولٌ، وإن حصل الدين في حال المرض، لم يقبل إقراره.

قال: ولو أنّ مريضًا قال في مرضه: قد كنت أبرأت فلانًا من الدَّيْن الذي عليه في صحتي، لم يجز؛ وذلك لأنه لا يملك البراءة في الحال، فإذا أسندها إلىٰ زمانٍ متقدّمٍ ولا يُعلَم ذلك إلا بقوله، حكمنا بوجودها في الحال، فكانت من الثلث.

وهذا كما قالوا في الزوج إذا أقرّ بطلاقٍ متقدّمٍ، فإنّا نحكم بوقوعه في الحال، فلا يُصدّق في تقدّم الطلاق، وليس كإقراره بالقبض؛ لأن البراءة تبرّعٌ، فإذا حكمنا بوقوعها في ذلك المرض، كانت من الثلث.

وأما الإقرار بالقبض، فإقرارٌ بحقٍّ واجبٍ، فهو كالإقرار بالدين[2].

(١) في ب (صاحب).

(٢) انظر: الأصل، ٢٧٣/٨ وما بعدها.



بَابُ
إقرارِ العبدِ المأذون في مرضِهِ وبيعه وشراءه وقبضه الدين

قال محمدٌ في المأذون الكبير: قال أبو حنيفة وأبو يوسف[1] ومحمدٌ: إذا أذن الرجل لعبده في التجارة، ثم مرض العبد، فأقرّ بدينٍ في مرضه، أو وديعةٍ، أو عاريةٍ، أو مضاربةٍ، أو إجارةٍ، أو بغير ذلك من وجوه التجارات، ثم مات من مرضه ذلك ولا دين عليه في الصحّة، فإقراره بذلك جائزٌ، وهو بمنزلة الحرّ.

فإن كان الإقرار بدينٍ، بِيْعَ ما كان[2] في يده حتى يستوفي الغرماء [الدين] الذي لهم، فإن [بقي شيءٌ][3] كان للمولى، وإن كان إقراره بوديعةٍ بغير عينها، أو بغصبٍ بغير عينه، أو بمضاربةٍ بغير عينها، فهو بمنزلة إقراره بالدين.

وإن كان أقرّ بشيءٍ من ذلك بعينه، فهو للمقَرّ له دون المولى؛ وذلك لأنّ حكم المأذون في تجارته حكم الحرّ، فإقراره معتبرٌ بإقرار الحرّ، ومعلومٌ أنّ الحرّ المريض إذا أقرّ بدينٍ أو بوديعةٍ أو غصبٍ ولا دين عليه في حال الصحّة [نفذ][4] إقراره، فكان ذلك أولى من حقّ الورثة، وكذلك المأذون ينفذ إقراره، ويكون المقَرّ له أولى من مولاه.

قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، ثم مرضَ العبدُ وعليه دينٌ في

(١) (وأبو يوسف) سقطت من ب.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في أ (أقر بشيء)، والمثبت من ب.
(٤) في أ (بعد) والمثبت من ب.

الصحّة، فأقرّ في مرضه بدينٍ أو بوديعةٍ [٤٥٥/ب] بعينها أو بغير عينها، ثم مات العبد في مرضه ذلك، فإنّ القاضي يبيع ما في يديه، فيبدأ بدين الصحّة، فإن بقي شيءٌ كان للمقَرّ لهم في مرضه حتىٰ يستوفوا حقهم، وإن بقي شيءٌ كان للمولىٰ؛ وذلك لأنّ حكم المأذون مأخوذٌ من حكم الحرّ، ومعلومٌ أنّ الحرّ إذا أقرّ في مرضه بدينٍ، قُدّم دين الصحة عليه، فكذلك المأذون.

وقد قال زفر: إنّ المأذون إذا أقرّ في مرضه [بدينٍ]، فذلك ودين الصحّة سواءٌ؛ لأنّه لا يطرأ عليه حجرٌ بمرضه، بل تصرّفه بعد المرض كتصرّفه في حال الصحّة.

وهذا فاسدٌ؛ لأنّ المرض لمّا أوجب الحجر في الجملة، لم يُعتَبر تغيّر الحال، ألا ترىٰ أنّ المريض الحرّ إذا لم يكن له وارثٌ لم يتغيّر حاله (بالمرض؛ لأنّه لا يجوز أن يتصدّق بجميع ماله، [(فدين)][1] الصحّة يُقدّم في حقه، فكذلك حكم العبد وإن لم يتغير حاله)[2] من الوجه الذي ذكره.

قال: فلو كان [الغصب][3] الذي أقرّ به العبد في مرضه أو الوديعة قائمة في يده، فعرفه الشهود بعينه، فصاحبه أحقّ به من غرماء الصحّة؛ لأنّ هذه العين لم يملكها العبد، فلا يتعلق حقّ غرمائه بها.

فإن كان ذلك لا يُعرَف إلا أنّ الشهود عاينوا قبض العبد لذلك، فإنّ القاضي يبيع ما في يد العبد، فيقسمه بين غرماء الصحّة وبين أصحاب الغصب والوديعة

(١) بياضٌ في أ بمقدار كلمة، وسقط من ب، ولعل الكلمة المناسبة المثبت. والله تعالىٰ أعلم.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في أ (الغضب)، والمثبت من ب.



بالحصص ؛ وذلك لأنّ هذا دينٌ (يُعلَم سببه ، فهو كدين الصحّة.

قال: وكذلك كلّ دينٍ)[١] لحق في مرضه من بيعٍ أو قرضٍ أو شراءٍ بمعاينة الشهود ؛ لما بيّنا أنّ سببه معلومٌ ، فلا يتّهم فيه.

قال: وإذا أقرّ العبد المريض بدين ألف درهم ، ثم أقرّ بوديعة ألف درهم بعينها لرجلٍ ، ثم مات العبد ولا مال في يده غير الوديعة التي أقرّ بها ، (قسمت الألف بين الغرماء وبين أصحاب الوديعة)[٢] [نصفين ؛ لأنّه لمّا بدأ بالدين تعلّق بالوديعة] ، فلم يملك الإقرار بها بعينها ، وصار مستهلكًا لها بإقراره الأول ، فكأنّه أقرّ بدينين.

وإن أقرّ بعد ذلك بدين ألف درهم ، فكأنّ إقراره بالوديعة بيّن إقراره بالدينين ، ثم مات العبد ولا مال في يده غير الألف الوديعة ، فإنّها تُقسَم بين صاحب الدين وبين صاحب الوديعة بالحصص ؛ لأنّه لمّا أقرّ بالدين قبل الوديعة صار مستهلكًا الوديعة ، فكأنّه أقرّ بدينٍ ثم بدينٍ ثم بدينٍ[٣] ، فيتساوون فيها.

قال: وإن أقرّ بدين في صحّته ثم مرض ، فأقرّ بدينٍ ، ثم [اشترى عبداً بألفٍ يساوي ألفاً ، فقبضه بمعاينة الشهود ، فمات في يده ، ثم] مات المأذون في مرضه ولا مال له إلا الألف ، فإنّ القاضي يقسم هذا المال[٤] بين غرماء الصحة وبين البائع في المرض بالحصص ، ولا يكون للمقَرّ له في المرض قليلٌ ولا كثيرٌ ؛ لأنّ

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) (ثم بدين) سقطت من ب.
(٤) في ب (الألف).

البائع سبب حقّه معلومٌ، فهو كغرماء الصحّة، فيقدمان على دين المرض.

قال: ولو لم يكن على العبد دينٌ في الصحّة، كان بائع العبد أحقّ بالدين المقَرّ له في المرض؛ لأنّ سبب دينه معلومٌ، فهو أولى من المقَرّ له في المرض الذي لا يعلم سبب دينه إلا بقول المريض.

قال: ولو كان العبد مرض ولا دين عليه، فأقرّ بوديعة ألف درهم بعينها، ولا مال في يده غيرها، ثم اشترى عبدًا يساوي ألفًا بألفٍ، فقبضه بمعاينة الشهود، فمات العبد[1] الذي اشترى في يد العبد المأذون له، ثم مات العبد المأذون له في مرضه ذلك، فإنّ الألف الذي كانت في يد العبد المأذون له للبائع، ولا شيء للذي أقرّ له العبد بالوديعة؛ وذلك لأنّ ثمن العبد بمنزلة دين الصحّة، والوديعة مقَرٌّ بها في حال المرض، فدين الصحّة أولى[2].

قال: وإذا مرض [العبد] المأذون وعليه دينٌ في الصحة [وله دين في الصحة][3]، فأقرّ في مرضه باستيفائه ثم مات، فالقول قوله؛ وذلك لما بيّنا في الحُرِّ أنّ جواز الإقرار حقٌّ ثبت للغريم في حال الصحّة، فلا يسقط بمرض المقِرّ، وإن كان الدين[4] الذي لحق الغريم في مرض العبد من بيعٍ أو شراءٍ أو غير ذلك، فأقرّ العبد أنّه استوفاه ثم مات، لم يُصدّق على غرماء الصحّة؛ لأنّ هذا بدلٌ عمّا تعلّق به حقّهم، فلا يملك إسقاطه بإقراره.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) هنا في أ (أولى بها) بزيادة (بها)، وسقطت الزيادة من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

فإن كان الدين الذي (على العبد لحقه في مرضه، ثم إنّ العبد أقرّ باستيفاء الدّين من غريم العبد، فإن كان الدين)[1] على غريم العبد في صحته، جاز إقرار العبد؛ لما قدّمنا، وإن كان الدين لحق [الغريم][2] في مرض العبد، لم يُصدّق العبد على قبضه من الغريم، ولكن الغريم يقسم ما كان عليه بين غرماء العبد [وبينه][3]، يضرب غرماء العبد في ذلك بدَينهم، ويضرب الغريم الذي أقرّ له بالدين، [بالذي] أقرّ العبد بقبضه، فما أصاب الغريم بطل، وما أصاب الغرماء أخذوه من الغريم؛ وذلك لأنّ إقراره بالقبض إقرارٌ بدينٍ، ومن أقرّ بدينٍ في المرض وعليه دينٌ في المرض تساوى الدينان، فكذلك هذا.

قال: وإذا لحق المأذون دينٌ في صحّته لقومٍ شتّى، ثم مرض، فقضي بعض غرمائه دون بعضٍ، ثم مات من مرضه ذلك، فإن قضاءه باطلٌ، ويؤخذ من الغريم ما اقتضى، ويقسم بين غرمائه؛ وهذا لما قدّمنا في الحرّ إذا مرض فقضى بعض غرمائه دون بعضٍ، إلا أنّ [المأذون يفارق الحرّ من وجهٍ، وهو أنّ الحرّ إذا قضى بعض غرمائه في صحته جاز]، والمأذون إذا قضى بعض غرمائه في صحته لم يجز؛ لأنّ دين الحرّ الصحيح يتعلّق بذمته دون ماله، ولا يمنع من التصرّف بماله، وديون العبد متعلّقةٌ برقبته وما في يده، فصار العبد الصحيح كالحرّ المريض.

قال: ولو كان المأذون اشترى في مرضه جاريةً بألفٍ تساوي ألفًا، فقبض الجارية، ثم نقد الدراهم، فماتت الجارية في يده، ثم مات العبد من مرضه ذلك، وعليه دينٌ كثيرٌ في الصحّة، كان البائع أحقّ بما اقتضى من جميع الغرماء.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (المريض)، والمثبت من ب.

(٣) في أ (وغيره)، والمثبت من ب.

وكذلك هذا في صحّة العبد؛ وذلك لما بيّنا في الحرّ؛ لأنّ حقّ الغرماء يتعلّق بمعنى المال، فإذا اشترىٰ عينًا فقد نقل حقّهم من عينٍ إلىٰ عينٍ، فلم يمكن الاعتراض عليه؛ لأنّه لم يبطل حقّهم المتعلّق بالمعنى(١).

قال محمدٌ: ولو استأجر العبد أجيرًا في صحّته أو في مرضه، أو زوّجه مولاه امرأةً، فقضىٰ العبد الأجير، وأعطىٰ المرأة مهرها دون غرمائه، كان للغرماء أن يرجعوا علىٰ الأجير والمرأة حتىٰ يحاصّوهم في جميع ما قبضو(٢)؛ وذلك لأنّ هذا الدين وإن عُلِم سببه، فليس هو في مقابلة عينٍ ينتقل حقّ الغرماء إليها، فأكثر أحواله أن يصير كدين الصحّة، ولا يملك أن يفرده بالقضاء.

قال: وإن أذن لعبده في التجارة، ثم مرض العبد ولا دين عليه، فباع واشترىٰ واستأجر، فحابىٰ ثم مات، فإنّ محاباته من جميع المال؛ وذلك لأنّ المولىٰ قد أذن له في البيع المطلق، والمال مال [المولىٰ] وهو صحيحٌ [٤٥٦/أ]، فالمحاباة جائزةٌ في جميعه وإن كان العاقد مريضًا، كما لو باع الوكيل المريض في صحّة الموكِّل.

قال: ولو كان علىٰ العبد دينٌ، فمات في مرضه ذلك، وفي يد العبد وفاءٌ بالدين، أخذ الغرماء دينهم، وجازت المحاباة فيما بقي من المال.

وإن كان علىٰ العبد دينٌ يحيط بما في يده، قيل للمشتري: أدّ جميع المحاباة، وإلّا فاردد البيع؛ وذلك لأنّ الدين إذا لم يُحِط بالفضل(٣)، فالمحاباة

---

(١) في ب (بالعين).

(٢) في ب (اقتضوا).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



فيما بعد الدين جائزةٌ، فكأنّه لم يملك إلا ذلك القدر، وإذا أحاط الدين بما في يده، فالمحاباة إسقاطٌ لحقّ الغرماء عما تعلّق حقّهم به، فلا يملك ذلك.

وإذا مرض العبد، فأدان رجلاً [ديناً] ألفاً من بيعٍ أو غيره، فأقرّ باستيفائه من الغريم، ثم أقرّ العبد بعد ذلك بدين ألف درهمٍ، ثم مات ولا مال له غير الدين الذي أقرّ بقبضه، فإقراره جائزٌ؛ وذلك لأنّه أقر بالاستيفاء ولا دين عليه، فنفذ إقراره، ولم يقبل بعد [ذلك] إقراره في حقّ الغريم الأول.

قال: ولو كان الدين الذي لحق العبد بعد الإقرار بالاستيفاء من شراءٍ أو بيعٍ أو إجارةٍ بمعاينة الشهود، بطل إقرار العبد بالاستيفاء من غريمه، وأخذ المال الذي كان للعبد على الغريم حتى يقضي غرماء العبد؛ وذلك لأنّ [هذا] الدين سَببٌ معلومٌ يجري مجرى دين الصحّة، فيُقدّم على إقراره بالاستيفاء في حال المرض، فكأنّه أقر بالاستيفاء بعد دين الصحّة[1].



(١) انظر: الأصل ٨/٣٧٣ وما بعدها.

بَابُ
إقرارِ الرجل بوارثٍ

الأصل في هذا الباب: أن الرجل يُقْبل إقراره بالوالدين والولد والزوجة والمولىٰ، ولا يقبل إقراره لمن[1] سواهم من الأقارب، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولىٰ، ولا يقبل بالولد ولا بغيره من الأقارب، وقد بيّنا هذا في الدّعوىٰ.

[وجملة هذا][2]: أنّ مَن أقرّ بنسبٍ يلزمه نفسه ولا يحمله علىٰ غيره، فإقراره مقبولٌ، كما يقبل إقراره علىٰ نفسه بسائر الحقوق، ومن أقر بنسبٍ يحمله علىٰ غيره، فإنّه لا يُقبل إقراره، كما لا يقبل إقراره علىٰ غيره بسائر الحقوق.

قال أبو الحسن: وإذا أقرّ الرجل في مرضه بأخٍ له من أبيه وأمّه، وليس له وارثٌ ولا مولىً ولا عصبةٌ إلا عمّةٌ أو خالةٌ، ثم هلك[3]، فإنّ الميراث للعمّة والخالة، ولا ميراث للأخ المقَرّ به؛ وذلك لأنّ نسب الأخ لا يثبت بإقرار أخيه، ألا ترىٰ أنّه يحمله علىٰ أبيه، وإذا لم يثبت النسب لم يتقدّم علىٰ العمّة والخالة مع ثبوتِ نسبهما.

فإن أقرّ بولدٍ فصدّقه في حياته أو بعد وفاته، فهذا جائزٌ، وهو ابنه ثابت

(١) في ب (في).
(٢) في أ (وجملته) والمثبت من ب.
(٣) (ثم هلك) سقطت من ب.

النسب منه ؛ لما بيّنا أنّ إقراره بالابن معنىً يلزمه في نفسه ولا يحمله علىٰ غيره[1] ، فصار كسائر الحقوق ، وأمّا اعتبار التصديق فلأنّ الابن في يد نفسه ، فلا يُصدّق المقَرّ عليه إلا بتصديقه ، كما لو أقرّ له بحقٍّ وقف علىٰ تصديقه .

وأمّا قوله: فصدّقه في حياته أو بعد وفاته ، فإنّ الإقرار بالنسب يُعتبَر فيه تصديق المقَرّ له ، [ويستوي][2] فيه حال الحياة والموت ؛ لأنّ النسب لا يبطل [بالموت] ، فصار التصديق في الحالتين سواء .

(فأمّا الزوجة: فإنْ)[3] أقر الرجل [بزوجةٍ] ثم مات فصدّقته ، جاز تصديقها ؛ وذلك لأنّ حقوق النكاح باقيةٌ بعد الموت وهي في العدّة ، فجاز التصديق كما يجوز في حال الحياة .

وأمّا إذا أقرّت المرأة بزوجٍ ثم ماتت ، فصدّقها بعد موتها ، لم يصحّ تصديقه عند أبي حنيفة ، وقالا[4] : تصديقه جائزٌ .

لأبي حنيفة: أنّ النكاح زال بالموت ، وزالت حقوقه ، فلم يجز التصديق مع فوات المعنىٰ [المقرِّ به][5] ، كما لو أقرّ بعينٍ فهلكت ، ثم صدّقه فيها .

وجه قولهما: أنّ الميراث ثابتٌ بعد الموت ، وهو من أحكام النكاح ، فجاز التصديق لبقاء هذا الحكم ، كما يجوز التصديق لبقاء العدَّة .

---

(١) انظر: الأصل ٣٨٩/٨.
(٢) في أ (ويستوفي) ، والمثبت من ب .
(٣) في ب (وأما إن أقرّ الرجل...) .
(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .
(٥) في أ (المقرب) ، والمثبت من ب .



قال: وإذا حضر الرجل الموت وليس له وارثٌ ولا مولىً ولا عَصَبةٌ، وأقرّ بأخٍ ثم مات، فإنّ ماله لأخيه، وهذا بمنزلة رجلٍ أوصىٰ بجميع ماله لرجلٍ ثم هلك، وكذلك لو أقرّ بعمٍّ أو بخالٍ أو بابن ابنٍ، أو أقرّت المرأة بولدٍ ولا وارث لها ولا عَصَبة ولا مولىً، فإنّ جميع مالها للمقرّ به؛ وذلك لأنّه لمّا لم يكن هاهنا مستحِقٌّ للإرث فتصرّفُ الميت في ماله جائزٌ مع عدم الوارث، ألا ترىٰ أنّه لو أوصىٰ بجميعه جاز، وإذا أقرّ بمن لا يثبت نسبه فقد أقرّ بأنّه جهة يصرف ماله [فيها]، فكأنّه أوصىٰ [له] به.

وليس هذا كصريح الوصيّة؛ لأنّهم قالوا فيمن أقرّ بأخٍ ولا وارث له، ثم أوصىٰ [لرجلٍ][1] بجميع ماله: إنّ للموصىٰ له الثلث، وللأخ ما بقي، ولو كان الأخ يستحقّ بالوصية وجب قسمة المال بينهما، فكأنّه أوصىٰ لكلّ واحدٍ منهما بجميع المال، فلمّا أعطوا الموصىٰ له الثلث، دل علىٰ أنهم جعلوه في حكم الموصىٰ له، بمعنىٰ أنّه يستحقّ المال بقول المريض، وليس هناك سببٌ[2] ثابتٌ يستند الاستحقاق إليه.

قال: وإذا أسلم الرجل من أهل الذمّة، ووالىٰ رجلاً وعاقره، ثم حضره الموت، فأقرّ بأخٍ أو ابن ابنٍ ثم مات، فإنّ ماله لمولاه، ولا شيء للمقَرّ به؛ وذلك لأنّ الولاء سببٌ ثابتٌ يتعلّق به الإرث، ولا يثبت للمقَرّ به حقٌّ مع وجوده.

وهذا يدلّ علىٰ أنّه ليس بوصيّةٍ في الحقيقة؛ إذ لو كان وصيةً لوجب أن يدفع إلىٰ المقَرّ له الثلث، فلمّا لم يستحق الثلث، دلّ علىٰ أنّهم جعلوه في حكم

---

(١) في أ (له)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٢) في ب (نسب).



الموصىٰ له من وجهٍ دون وجهٍ.

قال: ولو كان مع هؤلاء عمّةٌ معروفةٌ مسلمةٌ أو خالةٌ، كان للموصىٰ له بالمال ثلث المال، وما بقي للعمّة أو للخالة، ولا شيء للأخ المقَرّ به، ولا للمولىٰ؛ لأنّ ذوي الأرحام يُقدّمون علىٰ مولىٰ الموالاة، ويُقدّمون[1] علىٰ [الأخ] المقَرّ به؛ فلذلك كانت العمّة أولىٰ.

قال: فإن حضر الرجل الموت ولا وارث له ولا عَصَبة ولا مولىً، وأوصىٰ بماله كلّه لرجلٍ، وأقرّ بأخٍ من أبيه وأمّه، ثم مات، فإن للموصىٰ له بالمال الثلث، وما بقي فللأخ؛ وذلك لأنّ الاستحقاق يتعلّق بقول الميت، فوجب أن يثبت الاستحقاق بمقتضىٰ [قوله]، ومعلومٌ أنّه لو صدق في الإقرار كان للموصىٰ له الثلث، وللأخ ما بقي، فلمّا تعلّق الاستحقاق بقوله، ترتّب علىٰ حسب ما اقتضاه قوله.

قال: وإذا أسلم رجلٌ، ووالاه رجلٌ وعاقده، ثم أوصىٰ بماله كلّه لرجل، وأقرّ بأخ له من أبيه وأمه، ثم مات ولا وارث له، فإنّ للموصىٰ [٤٥٦/ب] له بالمال ثلث المال[2]، وما بقي للمولىٰ، ولا شيء للأخ؛ وذلك لأنّ الولاء سببٌ ثابتٌ، والأخ ليس له نسبٌ ثابت، فسقط الأخ بالمولىٰ، وبقي الموصىٰ له، فكان له الثلث.

فإن كان هناك عمّةٌ معروفة النسب أو خالةٌ، كان للموصىٰ له بالمال الثلث، وما بقي للعمّة أو للخالة؛ وذلك لأنّ الأخ ليس له نسبٌ ثابتٌ، فسقط حكمه

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (الثلث).

بالعمّة المعروفة، وهي مُقدّمة على مولى الموالاة، والموصى له مقدّمٌ في الثلث على الورثة، فكان له الثلث، وما بقي للعمّة.

قال: ولو كان مكان مولى الموالاة مولى نعمةٍ، كان أولى من العمّة؛ لأنّ المعتِق عصبةٌ، والعمّة ذات رحمٍ، والعصبة مقدّمةٌ على ذوي الأرحام.

قال: وإذا أقرّ في مرضه بأخٍ من أبيه، أو بابن ابنٍ، أو بابن عمٍّ، أو بعمٍّ، وصدّقه المَقرّ به، ثم أنكر المريض بعد ذلك، وقال: ليس بيني وبينه قرابةٌ، ثم أوصى بماله كلّه لرجلٍ، ثم مات ولا وارث له ولا عَصَبة ولا مولىً، فإنّ المال كلّه للموصى له بجميع المال، ولا شيء للمقَرّ به؛ وذلك لأنّ المقَرّ به لمّا لم يثبت نسبه صار استحقاقه متعلّقًا بقول المريض، فهو كالموصى له، فيملك المريض الرجوع في حقّه، وإذا رجع بطل الإقرار به، ولم يبق إلا الوصية، فكان الموصى [له] أحقّ بالمال.

فإذا لم يكن أوصى بماله ومات وقد جحد ما أقرّ به، كان ماله لبيت المال؛ وذلك لأنّ الإقرار بطل بالرجوع على ما بيّنا، وليس هناك مستحِقٌّ للمال، فوجب وضعه في بيت المال[1].

---

(١) انظر: الأصل، ٨/٢٧٨ وما بعدها.



بَابُ
إقرارِ الوارثِ بوارثٍ آخر

الأصل في هذا الباب: أنّ الوارث إذا أقرّ بوارثٍ آخر للميت، لم يُصدّق في إثبات نسبه، ويشاركه فيما في يده من الميراث[1].

وقال النخعيّ: يثبت نسبه ويشاركه، وقال الشافعيّ: لا يثبت نسبه ولا يشاركه[2].

والدليل على أنّ النسب لا يثبت: أنّ الابن إذا أقرّ بأخٍ فإنه يحمل نسبه على أبيه، وقد بيّنا أنّ الإنسان لا يُصدّق في حمل النسب على غيره، وقد بيّنا أيضًا أنّ إقرار الإنسان لا يقبل إلا بالوالدين والولد، فلا يجوز إقراره بالأخ.

وجه قول النخعيّ: أنّ الوارث قائم مقام الميت، ولو أقرّ الميت بولدٍ نفذ إقراره، فكذلك إذا أقرّ به وارثه.

وأمّا المشاركة في الميراث؛ فلأنّ الابن أقرّ بأمرين: بالنسب واستحقاق المال، فما كان من النسب يُلْزِمُه غيرَه فلا يقبل إقراره به، وأمّا المشاركة، فحقٌّ يعترف به على نفسه فيقبل إقراره، وهذا غير ممتنعٍ، كالمشتري للعبد إذا زعم أنّ البائع أعتقه، جاز إقراره في العتق، ولم ينفذ في الرجوع بالثمن.

---

(١) انظر: البدائع ٧/٢٣١.

(٢) انظر: مختصر المزني ص١١٤؛ رحمة الأمة ص١٣٥.



ولا يقال: إنّه أحال بالمال على سببٍ[1] لا يُحكَم به، فلم يُحكَم بالمال؛ لأنّ في النكاح إذا قال لامرأته: أنتِ أختي، صدّقناه في التحريم، وإن كان قد أحال به على نسبٍ لم يثبت [به] ذلك النسب.

٢٨٢٢ ـ فَصْل: [إقرار أحد الابنين بأخ]

وإذا ثبتت المشاركة، قال أبو حنيفة: إذا أقرّ أحد الابنين بأخٍ، وكذّبه أخوه المعروف فيه، أعطاه المقِرّ نصف ما في يده، وقال ابن أبي ليلى: يعطيه ثلث ما في يده.

وجه قولهم: أنّ في زعم المقِرّ أنّه والمقَرّ به يتساويان في الميراث، وأنّ الجاحد غاصبٌ ظالمٌ فيما زاد على حقّه، فصار ذلك كالهالك من المال، (والباقي بينهما بالسويّة.

وأمّا ابن أبي ليلى فقال: في زعم المقِرّ أنّ المقَرّ به له ثلث التركة)[2] في موضعين، نصفه في يده، ونصفه في يد أخيه، وإقراره على أخيه لا يقبل، فلم يبق إلا إقراره فيما في يده، فيعطيه ثلث ما في يده.

قال أبو الحسن: وإذا أقرّ الابن المعروف بأخٍ، أخذ نصف ما في يده، وإن أقرّ بأختٍ، أخذت ثلث ما في يده، وهذا على ما بيّنا أنّه مُصدّقٌ فيما في يده من المال، وإن لم يُصدّق على النسب.

قال: فإن أقرّ بامرأةٍ مات الأب وهي زوجته، أخذت ثُمْن ما في يده؛ وذلك

(١) في ب (نسبٍ).
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.



لأنّ إقراره بالزوجيّة لا ينفذ على الميت، كما لا ينفذ إقراره بالنسب، إلا أنّ إقراره جائزٌ فيما في يده من المال، فيدفع إليها الثمن.

وإن أقرّ بجدّةٍ (هي أمُ الميت)[١]، أخذت سُدُس ما في يده، على ما بيّنا أنّه يعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت نسب المقَرّ به.

قال: وإن ترك الميت ابنين معروفين، فأقرّ أحدهما بزوجةٍ للميت، أخذَتْ تُسْعَي ما في يد المقِرّ؛ وذلك لأنّ في زعم المقِرّ أنّ التركة بينهم على ستة عشر سهمًا، للزوجة سهمان، ولكلّ ابنٍ سبعةٌ، فلمّا أخذ أخوه أكثر من حقّه، صار ذلك كالهالك، فيقسم ما في يده على قدر حقّهما في الأصل، فيضرب لها بسهمين، ولنفسه [بسبعة][٢] أسهمٍ، فيحصل لها [سهمان من تسعة وله سبعة][٣].

وعلى قول ابن أبي ليلى: أقرّ لها بسهمين مِن ستة عشر سهمًا، سهمٌ ممّا في يده، وسهمٌ مما[٤] في يد شريكه، فيدفع إليها ثُمْن ما في يده[٥].

---

(١) في ب (وهو ابن الميت).

(٢) في ب (بتسعة).

(٣) في الأصل (تُسعا ما في يده) والمثبت من تبيين الحقائق ٥/٢٠٩، وعبارة الزيلعي كأنه من عبارة المؤلف.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) انظر: الأصل ٥/٥١٩.

بَابُ
الوارثِ يقر بوارثٍ بعد وارثٍ

[قال الشيخ رحمه الله]: الأصل في هذا البابِ: أنّ الوارثَ المعروفَ إذا أقرّ بوارثٍ آخر، [قاسمه][1] ما في يده علىٰ موجب إقراره، وإن لم يثبت النسب علىٰ ما قدّمنا، فإن أقرّ به وقاسمه، ثم أقرّ بوارثٍ آخر، فإن صدّقه المقَرّ به الأوّل، اقتسموا (ما في يدهما)[2] بحسب إقرارهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما أقر للثالث بحقٍّ في يده.

وإن كذّب المقَر به الأوّل [المقِرّ] في الثاني، فهو علىٰ وجهين: إن كان المقِر دفع إلىٰ المقَرّ له الأوّل بقضاء القاضي، فلا ضمان عليه، ويصير ذلك[3] كالهالك من جملة المال، فيقضي بقسمة ما بقي في يد المقِرّ علىٰ حقهما، وأمّا إن دفع إلىٰ الأوّل بغير قضاء [قاضٍ]، فكان[4] ما دفع إليه يصير كالباقي في يده في الحقّ المقَرّ به الثالث، فيدفع إليه حقّه من الجميع بحسب مقتضىٰ[5] إقراره؛ لأنّ تسليمه حصل بفعله، وقد اعترف أنّه سلّمه بغير حقٍّ، فيكون مضمونًا عليه.

قال محمدٌ في الإملاء: قال أبو حنيفة: لو أنّ رجلاً مات وترك ابنًا معروفًا

---

(١) في أ (فاقتسمه)، والمثبت من ب.
(٢) في ب (بينهم).
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٤) في ب (فإنّ).
(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.



بالغًا، وأقرّ بأخٍ له من أبيه وأمّه، فإنّه يعطيه نصف الميراث، فإن أعطاه نصف الميراث بقضاء قاضٍ، أو لم يعطه حتىٰ أقرّ بأخٍ آخر، وتكاذب [٤٥٧/أ] المقَرّ بهما فيما بينهما، فإنّ المقَرّ به الأول يأخذ نصف الميراث، ويأخذ المقَرّ به الآخر ربع المال[١]، فيكون للابن الأوّل[٢] ربع الميراث؛ وذلك لأنّ ما دفعه إلىٰ الأول بقضاءٍ غير مضمونٍ عليه، فهو كالهالك، وقد اعترف أنّ حقه وحقّ المقَرّ به الثالث تساويا، فوجب أن يدفع إليه نصف النصف الذي في يده.

وإن كان لم يدفع إلىٰ الأول شيئًا، فقد استحقّ الأول نصف المال بإقراره، فلا يُصدّق في الرجوع عنه، فيدفع إلىٰ الأوّل النصف، ويقاسم الثاني ما في يده نصفين.

فإن كان الابن معروفًا ودفع إلىٰ المقَرّ به الأوّل نصف المال بغير قضاءٍ، ودفع إلىٰ الثاني ثلث جميع[٣] المال، وبقي [له] السدس؛ لأنّ ما دفعه بغير قضاء مضمونٌ عليه، ألا ترىٰ أنّه اعترف أنّه دفع بغير حقٍّ، وأنّ المقَرّ به الثاني يستحقّ ثلث جميع المال، [فيدفع ذلك إليه ويبقىٰ السدس.

قال: فإن دفع إلىٰ الثاني أيضاً ثلث جميع] المال بغير قضاء قاضٍ، ثم أقرّ بابنٍ ثالثٍ وكذّبه الابن الثالث في الأولين، فإن الابن الثالث يأخذ من الابن المعروف ربع جميع المال، يأخذ منه السدس الذي في يده، ويُضمّنه نصف سدس جميع المال في ماله؛ وذلك لما بيّنا أنّ ما دفع بغير قضاء مضمونٌ عليه،

(١) في ب (الميراث).
(٢) في ب (المعروف).
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



وقد أقرّ للثالث بربع المال، فيدفع إليه السدس الذي في يده، ويغرم له تمام حقّه[١]؛ لأنّه أتلفه بتسليمه.

وقال أبو حنيفة: إذا مات الرجل وترك ابنًا معروفًا، وترك ألف درهم، فادّعىٰ رجلٌ علىٰ الميت ألفًا، فصدّقه الابن [وأبىٰ][٢] اليمين عند القاضي، فقضىٰ القاضي علىٰ أبيه بالدين، ولم يأمره بدفع الدين، ثم دفع إلىٰ الغريم بغير قضاء، ثم ادّعىٰ رجلٌ آخر علىٰ الميت دينًا بألف درهم، فصدّقه بذلك [وأبىٰ][٣] اليمين، فقضىٰ القاضي علىٰ أبيه بالدين، فإنّ القاضي يُضمّنه نصف المال الذي دفع إلىٰ الأوّل للثاني؛ لأنّه دفع إليه المال باختياره، وقد زعم أنّه دفع ما يتعلق به حقّ الغريم الثاني، فكان متعدّيًا في الدفع فيغرم نصف المال، وكأنّه أقرّ لهما ثم دفع إلىٰ أحدهما.

قال: ولو كان دفع إلىٰ الأوّل بقضاءٍ، ثم أقرّ للثاني، لم يضمن له شيئًا؛ لأنّ يده زالت عن التركة بغير فعله، فكأنّها هلكت، ثم أقرّ بدينٍ علىٰ الميت، فلا يلزمه[٤].

ولا يقال: إنّ القاضي أمره بالدفع بسبب إقراره، فصار هو المتلِف؛ لأنّ مجرد القول لا يتعلّق به ضمانٌ في حقّ [الغير][٥]، ولم يوجد إلا مجرّد الإقرار، فلا يضمن به.

---

(١) في ب (حصته).
(٢) في أ (أو أبىٰ) والمثبت من ب.
(٣) في أ (أو أبىٰ) والمثبت من ب.
(٤) انظر: الأصل ٨/٢٤٠، ٢٤١.
(٥) في أ (الغريم)، والمثبت من ب.

وقال أبو حنيفة: لو أنّ رجلاً مات وترك ابنًا وألف درهم، فأقرّ الابن بأخٍ له ثم رجع فقال: لستَ بأخٍ لي، وإنّما أخي هذا الرجل الآخر، فصدّقه الرجل الآخر بذلك، وكذّبه بالإقرار في الأوّل، ولم يدفع شيئًا حتىٰ أقرّ [بما وصفتُ لك، أو دفع إلىٰ الأول النصف بقضاء قاضٍ، ثم أقرّ بما وصفتُ لك، فإنّ المقَرّ به الأخير يدخل فيما صار للابن المعروف، وذلك نصف الميراث، فيأخذ نصفه، ولا يغرم غير ذلك، وذلك لأنّه لمّا أقرّ] بالأخ ثم رجع، لم يُقبَل رجوعه بعد صحة الإقرار به، فاستحقّ الأوّل النصف، وقد أخذه بقضاء [قاضٍ]، فسقط ضمانه عن المقِرّ، ثم أقرّ بمشاركة الثاني، فيقبل إقراره في حقّ نفسه.

قال: ولو كان الابن المعروف دفع نصف المال بغير قضاء قاضٍ، ثم أقرّ بما وصفت لك، دفع جميع ما في يده ـ وهو نصف جميع المال ـ إلىٰ المقَرّ به الآخر؛ لما قدّمنا أنّ ما دفعه بغير قضاءٍ كالباقي في يده، وقد اعترف أنّه دفع بغير حقٍّ، فكان مضمونًا عليه، فيدفع إلىٰ الثاني جميع النصف.

وقال أبو حنيفة: لو أنّ رجلاً مات وترك ابنًا وألف [درهم]، فادّعىٰ غريمٌ أنّ له علىٰ الميت دينًا وهو ألف درهمٍ، فصدّقه بذلك الوارث، ثم رجع عن تصديقه فقال: لم يكن لك علىٰ أبي شيءٌ، وأقرّ بألفٍ لرجلٍ آخر، وصدّقه ذلك الرجل بما أقرّ له به، وكذّبه في الإقرار الأوّل، فإن كان الوارث لم يدفع إلىٰ الأوّل شيئًا، أو كان دفع بقضاءٍ، فلا ضمان علىٰ الوارث للثاني، وإن كان دفع إلىٰ الأوّل دينه[1] بغير قضاء قاضٍ، ضمن للثاني ألف درهمٍ في ماله؛ وهذا علىٰ ما قدّمنا أنّه لمّا اعترف بالدين لم يُصدّق في الرجوع، فإن دفع إلىٰ الأوّل بقضاء، لم يضمن للثاني؛ لأنّ يده زالت بغير فعله، وإن دفع بغير قضاءٍ، ضمن؛ لأنّه

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.



اعترف أنّه أتلف المال بغير حقٍّ.

قال: ولو أنّ رجلاً مات وترك ابنًا، وترك ألف درهم، فادّعىٰ رجلٌ علىٰ الميت ديناً ألف درهم، فصدّقه الوارث بذلك، ودفع إليه دينه بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ، وادّعىٰ رجلٌ آخر علىٰ الميت دينًا[1] ألف درهم، وكذّبه الوارث بذلك، وصدّقه الغريم الأوّل، فقال الغريم الثاني للغريم الأوّل: لا دين لك، وأنا أحقّ بالمال الذي قبضتَ منك، وقال الغريم الأوّل: لي دين ألف درهم، ولك [دين] ألف درهم، فإنّه لا يلتفت إلىٰ قول الغريم الثاني، فيقتسمان الألف التي في يد الغريم الأول نصفين؛ وذلك لأنّ الغريم الأوّل لم يعترف للغريم الثاني إلا بنصف ما في يده، ونحن إنّما أثبتنا الحقّ للغريم الثاني باعتراف الأوّل، فلم يجز أن يستحِقّ أكثر مما اعترف له به[2].

قال: وكذلك إن أقرّ الغريم الثاني لغريمٍ ثالثٍ بألف درهم، فصدّقه الغريم الثالث فيما أقرّ به، وكذّبه فيما ادّعاه بدينه، فإنّما يأخذ [منه] نصف ما صار إليه من المال؛ وذلك لأنّا أثبتنا الحقّ للثالث بإقرار الثاني، فلم يستحِقّ أكثر ممّا تضمّنه إقراره.

ولو أنّ رجلاً في يده ألف درهم، قال لرجل آخر: مات أبي وهو أبوك، وترك هذه الألف ميراثًا، فقال المقَرّ له: كان أبي ولم يكن أباك، وقال المقِرّ: كان أبي وأباك، فالقول قول المقِرّ الذي في يده المال، والمال بينهما نصفان؛ وذلك لأنّ المقَرّ له إنّما يستحق بإقرار صاحب اليد، ألا ترىٰ أنّ النسب لا يثبت، فلم

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٨/٢٤٢.

يجز أن يستحِقّ أكثر من مقتضىٰ الإقرار.

قال: وكذلك لو كان المال في يد رجلٍ فقال لامرأةٍ: مات فلانٌ وكان أخي لأبي وأمي، فتركني وارثًا وأنتِ ابنته، ولا وارث له غيرنا، فقالت المرأة: أنا ابنته ولستَ له بأخٍ، والمال في يد الرجل، فالقول قول الرجل في ذلك؛ لأنّها تستحقّ بإقراره لا بالنسب، فلم يجز أن تستحِقّ أكثر ممّا أقرّ لها.

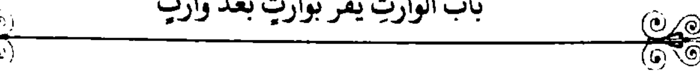
وعلىٰ هذا، كلّ من في يده مالٌ يزعم أنّه حقّه[1] عن ميتٍ بنسبٍ وأقرّ بوارثٍ غير معروفٍ، وكذّبه الوارث، فقال: أنا وارثٌ ولستَ بوارثٍ، فعلىٰ هذا.

وأمّا إذا كان صاحب اليد يدّعي زوجيّة الميت، أقرّ بنسبٍ لغيره لا يعرف إلا بقوله، وكذّبه المقَرّ به في الزوجيّة، فالميراث [٤٥٧/ب] للمقَرّ به، ولا شيء للمُقِرّ، إلا أن يقيم بيّنة علىٰ الزوجية.

مثاله: رجلٌ في يده مالٌ قال لرجلٍ آخر: هذا المال كان لفلانةٍ، وكنتُ زوجها، وأنت أخوها لا وارث لها غيرنا، فقال أخوها: أنا أخوها ووارثها، لا وارث لها غيري، ولستَ لها بزوج، فالقول قول الأخ، يأخذ الميراث دون الزوج، ولا يُصدّق الزوج علىٰ الميراث إلا ببيّنة.

وكذلك امرأةٌ في يدها مالٌ قالت لرجلٍ: مات فلانٌ وهو زوجي، ولي عليه من الصَّدَاق كذا [وكذا]، وأنت أخوه لأبيه وأمّه ووارثه، لا وارث له معي غيرك، وفي يدها مالٌ كثيرٌ للميت، فقال الأخ: أنا أخوه كما ذكرتِ ووارثه، ولستِ له بزوجةٍ، وحلف علىٰ علمه، فالقول قول الأخ، ويأخذ الميراث كلّه، ولا شيء

(١) في ب (استحقه).



للمرأة من صَداقٍ ولا ميراثٍ.

والفرق بين النسب والزوجية: أنّ المقِرّ إذا زعم أنّه ابن الميت أو أخوه، ثم أقرّ بأخٍ، ففي إقراره أنّ حقّ كلّ واحدٍ منهما لم يثبت إلا مع ثبوت حقّ الآخر، فلم يقبل قول المقَرّ به في إسقاط حقّ المقِرّ.

وأمّا الزوج والزوجة والأخ، فحقّ الأخ سابقٌ في الأخوة لحقّهما، وإنّما يطرأ حقّهما بالعقد، فإذا اعترفا بالأخوّة فقد اعترفا بحقٍّ أصليٍّ، وادّعيا طريان حقّهما عليه، فلا يقبل إلا بتصديقٍ أو بينّةٍ؛ ولأنّ الأخ المقَرّ به [يدلي][1] بسببٍ ثابتٍ، والمقَرّ به في حكمه، فتساويا، والزوج يدلي بسببٍ منقطعٍ، فلا يساوي من كان سببه[2] ثابتًا في الحال؛ فلذلك لم يثبت حقّه إلا ببيّنةٍ أو تصديقٍ.

قال: ولو أنّ رجلاً في يده ألف درهم، قال لرجلٍ [آخر]: مات فلان ابن فلانٍ، وهو أخي لأبي وأمي، وأنت أخوه لأبيه، وأنا أحقّ بالمال، وللميت مالٌ كثيرٌ في يد المقِرّ، فقال المقَرّ له: أنا أخوه لأبيه، ولستَ له بأخٍ، أو قال: أنت أخوه لأبيه مثلي، فالمال للأخ من الأب والأمّ؛ وذلك لأنّ سببهما ثابتٌ في الحال، والمقَرّ به إنّما يثبت حقّه بقول[3] المقِرّ، فلم يجز أن يستحقّ ما لم يتضمنه الإقرار.

قال: ولو قال المقِرّ: أنا أخوه لأبيه وأمّه، ولي عليه ألف درهم، وأنتَ أيضًا أخوه لأبيه وأمّه، ونحن وارثاه جميعًا بعد قضاء[4] ديني، لا وارث له غيرنا،

---

(١) في أ (في)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (نسبه).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (وفاء).

فقال المقرّ له: أنا أخوه لأبيه وأمّه، ولستَ له بأخٍ، ولا دين لك عليه، فالمال بينهما نصفان؛ وذلك لما بيّنا أنّ نسبهما ثابتٌ [في الحال]، واستحقاق المقَرّ به بقول المقِرّ يوجب أن يرجع إلى حكمه.

وأمّا الدين، فهو معنًى حادثٌ على النسب، فلا يُصدّق فيه بعد اعترافه بالنسب إلا ببيّنةٍ أو تصديقٍ كالزوجيّة.

قال: ولو أنّ رجلاً مات وترك ابنًا وترك ألفًا، فادّعى رجلٌ أنّ له على الميت ألف درهم، فصدّقه الوارث بذلك، ودفع إليه دينه بغير قضاء قاضٍ، ثم إنّ رجلاً آخر ادّعى أنّ الميت أوصى له بثلث ماله، وادّعى آخر أنّه أبو الميت، فصدّقهما بذلك الابن المعروف، وكذّباه فيما أقرّ به من الدين، فأرادا [أن يضمّناه حقّهما فيما دفع إلى الغريم بغير قضاء قاضٍ، فلا ضمان عليه؛ وذلك أنّ] الميراث والوصيّة، لا يثبتان إلا بعد قضاء الدين، فإقراره لم يتضمّن ثبوت حقٍّ لهما أتلفه بالتسليم، فلم يُقبَل قولهما في إيجاب الضمان عليه[1].

ولو كان أقرّ لهما أوّل مرّةٍ قبل أن يقرّ للغريم، ثم دفع إليهما ما أقرّ به بغير قضاء قاضٍ، ثم أقرّ للغريم بعد ذلك وكذّبه الغريم فيما أقرّ به للأولين، فإنّ الغريم يضمّنه ما دفع إلى الأولين؛ وذلك لأنّ حقّ الغريم سابقٌ لحقّ الوارث والموصى له، وفي زعم المقِرّ أنّه دفع إليهما بغير حقٍّ، فيضمن ذلك للغريم المقَرّ له.

ولو كان دفع إليهما بقضاءٍ لم يضمن للغريم شيئًا، ولم يأخذ منه إلا ما في يده؛ وذلك لأنّ يده زالت عن المال بغير فعله، فصار كالهلاك.

---

(١) انظر: الأصل ٨/٢٣٩.



قال: ولو كان الوارث دفع إليهما بغير قضاء قاضٍ، وصدّقه الغريم فيما أقرّ به للأولين، فأراد تضمينه ما دفع إليهما، [ضمن]؛ لأنّه غريمه وهو أحقّ منهما، والوارث ضامنٌ لما دفع إليهما؛ وذلك لأنّ من حقّ الدين أن يتقدّم على الميراث والوصيّة، والتصديق بالوارث لا يمنع أن يكون الدفع إليه بغير حقٍّ، فيتعلّق به الضمان.

قال: ولو كانت الوصية والميراث وأخٌ معروف نسبه، وثبتت الوصيّة بالبيّنة، وصار الأخ وارثًا بالبيّنة، إلا أنّ القاضي لم يأمره بدفع ميراثٍ ولا وصيّةٍ[1]، ثم أقرّ للغريم بدينه، وكذّبه أو صدّقه، أو لم يصدقه ولم يكذبه، فلا ضمان عليه فيما دفع؛ وذلك لأنّ الوارث المعروف، والوصية المعروفة، لا يسقطان بإقرار الوارث، فلو كان المال لم يُدفَع إليهما، وهو في يد المقِرّ، لم يجز له دفعه إلى الغريم، وألزمه الحاكم دفعه إلى الموصى له والوارث، فإذا دفع بغير قضاءٍ لم يسقط حقًا للمقَرّ له كان يستدركه لولا الدفع، فلا يضمن.

قال: ولو أنّ رجلاً مات وترك أخًا معروفًا وترك ألفًا، ولا يُعلَم له وارثٌ غير أخيه، فادّعى رجلٌ على الميت ألف درهم، فصدّقه الأخ بذلك، وأعطاه المال من غير قضاءٍ، ثم إنّ رجلاً ادّعى أنّه ابن الميت، فصدّقه بذلك الأخ، وكذّبه الغريم، فالمال للذي قبضه الغريم سالمٌ، ولا ضمان على الأخ فيما دفع؛ لأنّ نسب الابن لا يثبت بقول الأخ، فلو كان المال باقيًا في يد الأخ ألزمه القاضي تسلميه إلى الغريم، ولم يقبل قوله في الإقرار للابن، فلا يلزمه ضمانٌ بالتسليم.

(١) (ولا وصية) سقطت من ب.

آخر كتاب الإقرار

(والحمد لله رب العالمين ، والصلاة على نبيه المختار ، وآله الطيبين الأبرار ، يتلوه كتاب السِّيَر)[1]

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

فهرس الموضوعات





